Die rechtliche Bedeutung der Beamtenanstellung nach der Rechtslehre, Rechtsprechung und Rechtsetzung.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt von

Bruno Richter

Gerichtsreferendar aus Cottbus

1930

Druck- und Verlagsanstalt Oswald Arnold, Cottbus

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter:
Geheimer Regierungsrat Professor Dr. Helfritz

Meinen lieben Eltern
in herzlicher Dankbarkeit.

Inhaltsübersicht.

Erster Teil.

Zweiter Teil.

Die wissenschaftliche Behandlung der Beamtenanstellung.

1. Kapitel.

Die der Geschichte angehörenden Theorien.

2. Kapitel.

Die in der Gegenwart vertretenen Lehren.

3. Kapitel.

Welche dieser drei Theorien entspricht dem Charakter der Beamtenanstellung?

Dritter Teil.

Der Standpunkt der Rechtsprechung und der Rechtsetzung.

Vierter Teil.

Literaturverzeichnis.

Affolder: Zur Normentheorie. In Archiv für öffentliches Recht Bd. 23 S. 361 ff.

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe. 1927.

Anschütz, Gerhard: Deutsches Staatsrecht. In Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler. 4. Bd. 1914.

— Besprechung der Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in „Juristische Wochenschrift“ 1927 S. 427 ff.

Apelt, Willibald: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Leipzig 1920.

Begemann, Heinrich: Die rechtliche Natur des Eintritts in den Reichsstaatsdienst bezw. die Verleihung eines Staatsamtes. Dissertation Münster 1906.

Beyer, Bruno: Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten. In „Verwaltungsarchiv“ Bd. 32 S. 226 ff.

Bornhak, Bonrad: Preußisches Staatsrecht. Bd. I. II. III. 1911 — 1924 2. Aufl. Breslau.

Brand, A.: Das Beamtenrecht. 1928 3. Aufl.

Brunner, Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I, 1887 Leipzig.

Buchmann: Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen? Diss. Breslau 1909.

Buddeberg, Theodor: Rechtssoziologie des öffentlichrechtlichen Vertrages. In Archiv für öffentliches Recht. N. F. Bd. 8. S. 85 ff.

Cassirer, Alfred: Die rechtliche Natur des Eintritts in den Staatsdienst bezw. die Uebertragung eines Staatsamtes. Diss. Breslau 1906.

Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1895. Bd. II. 1905. In Bindings System. Hdb. d. dtsch. Rechtsw.

— Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Giese, F.: Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 6. Aufl. 1925.

Gießner, Richard: Wirkungen von Willensmängeln auf die Anstellung oder Entlassung eines unmittelbaren preußischen Staatsbeamten. Diss. Göttingen 1912.

Gönner, Nicolaus Thaddäus: Der Staatsdienst aus aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. Landshut 1808.

Grosch, G.: Der Staat als Kontrahent. In „Jahrbuch des öffentlichen Rechts" 1911 S. 267 ff.

Hatschek, Julius: Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung. Leipzig 1898.

— Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3.—4. Aufl. 1924.

Heffter, August Wilhelm: Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. Berlin 1829.

Helfritz, Hans: Allgemeines Staatsrecht. Berlin 1924.

— Das Beamtenrecht. In „die Beamten-Hochschule" 1928. 1. Teil, I. Bd. Abt. B. II.

Hermann, W. R.: Was ist Beamtentum? (Rechtlich-soziologische Studie) 1925.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921.

von Hippel, Ernst: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung. Berlin 1924.

Hue de Grais-Peters: Handbuch der Verfassung und der Verwaltung. 1927.

Husserl, G.: Rechtskraft und Rechtsgeltung. 1925.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1919.

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.

— Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung. In „Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts". 1925.

— Verwaltungsrecht. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft (Kohlrausch—Kaskel). Berlin 1928.

Kanngießer: Kommentar zum Reichsbeamtengesetz.

Kelsen, Hans: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. In Archiv für öffentliches Recht Bd. 31 S. 190 ff.

Klüber, Hans: Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. In „Verwaltungsarchiv“ Bd. 31 S. 136 ff.

Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.

Köttgen, Arnold: Grundsätzliches zum Recht der Beamtenanstellung. In „Zeitschrift für Selbstverwaltung“ 1929 S. 25 ff.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Tübingen Bd. I. 4. Aufl. 1901; Bd. I. 5. Aufl. 1911; Bd. I. 6. Aufl. 1912.

— Kritik zu Hugo Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen 1902. In Archiv für das öffentliche Recht Bd. 18 S. 73 ff.

Lasinskij, Henrijk Ignacy: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes. Diss. Breslau 1913.

Layer, Max: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag. Leipzig 1916.

Loening, Edgar: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I. 2. Aufl. 1914. Bd. II. 2. Aufl. 1917.

— Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. In Archiv für das öffentliche Recht. Bd. III. S. 3 ff.

Meyer, Georg: Kritik zu Paul Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. In Hirth's Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.

Besprechung des I. Bandes in Jhrgg. 1876 S. 656 ff.

Besprechung des II. Bandes in Jhrgg. 1876 S. 369 ff.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. Bd. II. 1917.

Perthes, Clemens Theodor: Der Staatsdienst in Preußen. Ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht. Hamburg 1838.

Petruschke, Edwin: Dir rechtliche Natur des Staatsdienstes. Diss. Breslau 1913.

Preuß, Hugo: Das städtische Amtsrecht in Preußen. Berlin 1902.

Piloty: Das Recht des Staatsdienstes in Bayern nach

dem neuen Beamtengesetz vom 16. August 1908. In „Jahrbuch des öffentlichen Rechts“ 1909 S. 219 ff.

Rehm, Hermann: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. In Hirth's Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.
Jhrgg. 1884 S. 565 ff.; 1885 S. 65 ff.

von Rheinbaben, Paul: Die preußischen Disziplinargesetze. 2. Aufl. 1911.

v. Rönne-Zorn: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie Bd. I. 5. Aufl. 1899.

Schmitthenner: Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts. Gießen 1845.

Schoen, Paul: Deutsches Verwaltungsrecht. In Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler. 1914.

— Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. In „Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preußischen Oberverwaltungsgerichts“. 1925.

Schücking, Walter: Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. (Das öffentliche Recht der Gegenwart Bd. XIV.). 1911,

Schulte: Lehrbuch der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Aufl. 1873.

Schwertfeger, Wolrad: Die Theorie der Beamtenanstellung unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt. Diss. Göttingen 1927.

Seydel, Max: Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Würzburg 1873.

— Die deutsche Reichs- und Staatsangehörigkeit. In Hirth's Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. Jhrgg. 1876 S. 135 ff.

v. Seydel: Bayerisches Staatsrecht Bd. III. Freiburg 1896.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. I. 9. Aufl. 1925.

v. Stein, Lorenz: Verwaltungslehre. I. 1; 2. Aufl. 1869.

v. Stengel, Karl: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Elsaß-Lothringen. In Hirth's Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. 1876, besonders Teil II. S. 897 ff.

Stepkes: Die Beziehungen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht in Anwendung auf das Dienst-

verhältnis der Staatsbeamten. Diss. Leipzig 1908.
Thoma, Richard: Das richterliche Prüfungsrecht. In Archiv für das öffentliche Recht. N. F. Bd. 4. S. 267 ff.
Vogels, Alois: Willensmängel bei der Beamtenanstellung. In „Verwaltungsarchiv“ Bd. 27 S. 247 ff.
— Der Kommunalbeamtenbegriff des preußischen Rechts. In „Verwaltungsarchiv“ Bd. 31 S. 10 ff.
Walz: Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden (das öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 5.) 1909.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. 1906.
Wolffstieg, Friedrich: Das Beamtenreichsrecht nach In-Krafttreten der Reichsverfassung vom 11. August 1919. Berlin 1921.
Zachariae, H. A.: Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen Bd. I, II. 1865 67 3. Aufl.
Zorn, Philipp: Das Staatsrecht das Deutschen Reiches. I. Band 2. Aufl. Berlin 1895.

Erster Teil.

§ 1. Die historische Entwicklung des Beamtenstandes.

Erst gegen Ende des 16. Jahrhunderts wird damit begonnen, das Beamtenverhältnis und die Frage der Anstellung eines Beamten wissenschaftlich zu untersuchen, obwohl es schon mehrere Jahrhunderte durch Beamte gab, wenn auch nicht die Form des Vertragsverhältnisses in jedem Falle bestimmt festgelegt war. Um nun die theoretische Entwicklung in ihren Grundzügen bestimmen zu können, ist es unerläßlich, die geschichtliche Entwicklung des Beamtentums kurz darzustellen. Treffend sagt hier Lorenz v. Stein[1]): „Das Prinzip des Staatsdienerrechts ist . . . . . innig mit der Entwicklung der Staatsidee verpflochten.“ Diese kurze Charakteristik weist auf das enge Verhältnis des Staates zum Beamten hin und zeigt, daß ein Staatsgebilde Voraussetzung für das Bestehen eines Beamtentums ist.[2])

Bei ihrem Eintritt in die Geschichte erscheinen die germanischen Völkerschaften nur als freie Genossenschaften mit genossenschaftlicher Selbstverwaltung[3]) und nicht als festgefügte Staaten. Der politische Schwerpunkt einer solchen Völkerschaft liegt in der Versammlung der Genossen, der sogenannten Landgemeinde[4]). Diese Versammlung tagt nicht ständig wie die modernen Parlamente, sondern wird nur zu bestimmten Zeiten zusammengerufen und tagt dann nur kurze Zeit. Da aber auch in den Zwischenräumen dringende Entscheidungen notwendig werden können, so finden sich schon in den ersten Jahrhunderten unserer Zeitrechnung an der Spitze der germanischen Völkerschaften aus Wahlen des Volkes hervorgegangene reges oder principes[5]). Diese stellen Bevollmächtigte ihrer Genossenschaften dar und sind ihrem Ursprung und Wesen nach Volksbeamte. Als solche sind sie als die ältesten Typen des deutschen Beamtentums anzusehen[6]).

---

[1]) a. a. O. S. 343.
[2]) Petruschke a. a. O. S. 1
[3]) Vergl. hierzu Schwertfeger a. a. O. S. 1 ff., Begemann a. a. O. S. 5 ff., Rehm a. a. O. Annalen 1884 S. 564 ff., Petruschke a. a. O. S. 1 ff., Lasinskij a. a. O. S 2. ff., v. Gierke Dt. Privatrecht Bd. 1. S. 29, 90, Bd. 2. S. 479.
[4]) Brunner a. a. O. S. 128.
[5]) Brunner a. a. O. S. 129, Begemann a. a. O. S. 5. ff.
[6]) Begemann a. a. O. S. 6, Petruschke a. a. O. S. 1.

Der Genossenschaftsverband der alten Völkerschaft entwickelte sich nun im Laufe der Zeit zum Herrschaftsverband[7]). Die einsetzende Völkerwanderung begünstigte eine solche Aenderung in der Struktur der Völkerschaft. In dieser Zeit kamen die germanischen freien Genossenschaften mit einem mächtigen Staatsgebilde, dem römischen Reich, zusammen. Die hier im römischen Imperium verkörperte Herrschaftsidee ging in den germanischen Genossenschaftsverband über[8]). Die Folge dieser Entwicklung war, daß die Könige, die bis dahin nur als Beauftragte des ganzen Volkes galten, durch die Festigung der Herrschaftsidee Herrscher kraft eigenen Rechts wurden. Als Herrscher setzten sie nun auch eigene Beamte ein und zwar auf der Grundlage der Ministerialität und der Vasallität. Die alten Volksämter werden so in herrschaftliche Bedienungen umgewandelt[9]). Das Verhältnis dieser „königlichen Beamten" zu ihrem Herrn war in dieser Zeit aber ein rein persönliches, da die Staatsidee als solche noch völlig unausgeprägt war[10]). In diesen Anfängen der Beziehungen des Herrn zum Diener sieht Brunner[11]) „die Wiege des germanischen Beamtentums". Denn erst jetzt beginnt die Entwicklung eines Beamtenstandes, deren tatsächlicher Abschluß ungefähr im Ende des 18. Jahrhunderts zu finden ist, wenn auch die wissenschaftliche Begründung noch heute streitig ist.

Während diese „königlichen Beamten" zuerst nach freiem Belieben vom Herrscher abgesetzt werden können[12]), entsteht allmählich seit dem 9. Jahrhundert eine Erblichkeit der Aemter und eine Verdinglichung derselben durch das Lehnswesen[13]). Diese Entwicklung wurde bedingt durch die veränderte Struktur des Königtums. Denn das rein persönliche Subordinationsprinzip, welches früher seine Geltung hatte, war durch einen patrimonialen Charakter des Königtums, d. h. einer das ganze Reich umfassenden Grundherrschaft oder Gebietshoheit ersetzt worden[14]).

„Jedes staatliche Hoheitsrecht ist privatrechtlicher Besitz . . . die Landeshoheit selbst, die dem Landesherrn verbliebenen Rechte umfassend, ist aber auch nur ein Bündel nach Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilender Befugnisse" mit diesen Worten des Rechtslehrers Bornhak[15]) wird die Verdinglichung allen öffentlichen Rechts gekennzeichnet. Auch die Aemter als solche waren durch die lehnsrechtliche Verleihung mit dem

[7]) Schwertfeger a. a. O. S. 9. f.
[8]) Begemann a. a. O. S. 7., Petruschke a. a. O. S. 1., Schwertfeger a. a. O. S. 10
[9]) Petruschke a. a. O. S. 2.
[10]) Schwertfeger a. a. O. S. 10.
[11]) a. a. O. S. 143.
[12]) Petruschke a. a. O. S. 2.
[13]) Schwertfeger a. a. O. S. 10.
[14]) Vgl. Begemann a. a. O. S. 10., Petruschke a. a. O. S. 2.
[15]) a. a. O. Bd. 2. 1912 S. 4.

Grundbesitz verbunden und dadurch auf eine privatrechtliche Grundlage gestellt worden. Infolgedessen erscheinen sie als privatrechtliche Befugnis[16]). Diese privatrechtliche Gestaltung des Amtes war natürlich der Entwicklung eines Staatsdienerstandes im heutigen Sinne hinderlich.

Erst durch den Abschied des Reichstages von Mainz im Jahre 1235 wird zum ersten Male wieder mit dem Prinzip der lehnsrechtlichen Uebertragung des Amtes gebrochen. Nach § 24 des Reichstagsabschiedes wird ein Hofrichter „eingesetzt" und zwar als besonderer Beamter des Kaisers und nicht als Lehnsmann oder Ministerialer. Begründet wird das Verhältnis durch die Uebergabe einer schriftlichen Bestallung. Auch hatte er kein vasallitisches Recht an dem Amt, sondern durch die Uebertragung wurde nur eine Pflicht des Beamten begründet[17]). Als Ministerialer kann der Hofrichter ebenfalls nicht angesehen werden, denn während der Ministeriale unfrei war, obwohl er gesellschaftlich eine hohe Stellung einnahm, wurde für den Hofrichter durch die Constitution von 1235 ein Mann liberae conditionis verlangt[18]). In den verschiedenen Ordnungen des 1495 errichteten Kaiserlichen Kammergerichts wird die Beamtenstellung ähnlich ausgestaltet.

Ungefähr im 13. Jahrhundert treten neben diese Reichsbeamten als zweite Kategorie öffentlicher Beamten die landesherrlichen Beamten. Voraussetzung für ihre Entstehung war die rechtliche Begründung der Landeshoheit. „Als Lehen nämlich behandelt und so dem Charakter eines Patrimoniums sich ohnehin annähernd, wuchsen sich die einstigen größeren Verwaltungsbezirke, vor allem die Herzogtümer und Grafschaften in der Richtung einer echten Grundherrlichkeit aus"[19]). Eine gewisse landesherrliche Gebietshoheit wurde den Landesfürsten durch die Constitution Kaiser Friedrich II. vom Jahre 1220 und 1232 gewährt, wobei das statutum in favorem pricipum vom Jahre 1232 die vorherrschende Stellung einnimmt.

Beendet wurde diese Entwicklung durch den Westfälischen Frieden vom Jahre 1648. Die Anerkennung der landesherrlichen Gebietshoheit brachte es nun mit sich, daß für die Fürsten das Erfordernis der königlichen Bannleihe fortfiel[20]). Infolgedessen konnten jetzt die Landesherren mit dem Königsbann, d. h. mit dem Rechte, Gericht zu halten, belehnen. Nach oben durch das Fehlen der königlichen Bannleihe unabhängig, schritten jetzt die Landesherren zur Beseitigung des Leihezwanges, wonach dem Reichslehnsrecht entsprechend der Inhaber des ersten Lehens das untergeordnete weiterverleihen mußte, z. B.

[16]) Petruschke a. a. O. S. 2., Schwertfeger a. a. O. S. 10.
[17]) Vgl. Rehm a. a. O. Annalen 1884 S. 569.
[18]) Rehm a. a. O. Annalen 1884 S. 570.
[19]) Petruschke a. a. O. S. 3.
[20]) Schulte a. a. O. S. 354.

in dem Grafenlehen war das Schulzenlehen als Afterlehen enthalten[21]). Die Aemter wurden jetzt nicht mehr als Lehen zugeschlagen, sondern die Landesherren ernannten nach freiem Ermessen Beamte, die diese Aemter zu verwalten hatten. Diese Beamte hatten nicht mehr ein dauerndes erbliches Recht auf Ausübung dieser Gewalt, sondern sie traten zu dem dominus terrae immer mehr in ein rein persönliches, leicht lösliches Abhängigkeitsverhältnis[22]).

Das Beamtenwesen hatte sich mithin fast in gleicher Weise und zur gleichen Zeit im Reich und in den einzelnen Territorien grundlegend geändert. Das Streben nach Konzentration der landesherrlichen Gewalt hatte dazu geführt, daß die Aemter von ihrer Verbindung mit dem Grundbesitz gelöst wurden.

Trotz dieser gleichzeitig vollzogenen Aenderung war aber doch ein großer Unterschied zwischen den Reichs- und Landesbeamten geblieben[23]).

Die Richter am Reichskammergericht waren nicht Beamte des Kaisers, sondern des Reiches[24]). Die Kammergerichtsordnungen hatten ihnen eine unabhängige Stellung geschaffen, denn sie konnten nur durch Urteil des Gerichts ihres Amtes enthoben werden und mußten durch Ablegung einer Prüfung den Nachweis genügender Rechtskenntnisse erbringen. Dieses Staatsdienerverhältnis war daher aus der Sphäre des Privatrechts herausgehoben und erschien als ein Institut des öffentlichen Rechts[25]).

Die Landesbeamten dagegen waren infolge der eigenartigen Entstehung ihrer Stellung durch ein rein persönliches Band mit dem Landesherren verbunden, zu dem sie auch in einem rein privatrechtlichen Verhältnis standen[26]). Sie verpflichteten sich durch einen privatrechtlichen Vertrag für eine Reihe von Jahren oder für unbestimmte Zeit zu genau festgelegten Dienstleistungen und erhielten dafür einen bestimmten Lohn. Nur die Normen des Privatrechtes kamen hierbei zur Anwendung. Wenn die Beamten auch schon frühzeitig ihren Verpflichtungswillen dem Landesherrn gegenüber durch einen Eid bekräftigten, so kann man in diesem Punkte wohl nicht Loening[27]) folgen, der zu dem Endergebnis kommt, daß hierin schon ein gewisses „öffentlich-rechtliches Element" zu sehen ist. Im Mittelalter war es beliebt, privatrechtliche Verpflichtungen zu beschwören. Man gedachte auf diesem Wege, eine wirksame religiöse und rechtliche Bestärkung der Verbindlichkeit herbeizuführen[28]).

---

[21]) Rehm a. a. O. Annalen 1884 S. 572.
[22]) Schwertfeger a. a. O. S. 11.
[23]) Zachariä a. a. O. § 133 Anm. 13.
[24]) Loening a. a. O. S. 110.
[25]) Petruschke a. a. O. S 4., Schwertfeger a. a. O. S. 11.
[26]) Vgl. Loening a. a. O. S 109
[27]) a. a. O S 109
[28]) Vgl Bornhak a. a O. Bd. 2. 1912. S. 7.

Zu Beginn des 17. Jahrhunderts entwickelt sich die Landeshoheit durch die Ueberwindung der Macht der Stände zur modernen Staatsgewalt[29]). Voraus ging allen Territorialstaaten in dieser Beziehung Preußen, das auch in politischer Hinsicht die übrigen deutschen Einzelstaaten überragte. Insbesondere Friedrich Wilhelm I. muß als der eigentliche Begründer des preußischen Berufsbeamtentums angesehen werden[30]). Er beseitigte die Mißbräuche der Verwaltung und steuerte der vielfach eingerissenen Korruption des Beamtenstandes und erfüllte die Beamten mit dem Idealismus für den Staat, der sie zu unermüdlicher, aufreibender Arbeit und hingebender Pflichttreue befähigte[31]). Unter ihm entstand der moderne Beamtenstand als ein Berufsstand, der nur für den Staat leben und nur die Interessen des Staates vertreten soll[32]). Im Allgemeinen Landrecht Teil II Titel 10 wurden unter der Bezeichnung „Von den Dienern des Staates" die beamtenrechtlichen Vorschriften geprägt, die bis auf gewisse Ausnahmen noch heute als Grundsätze in Geltung sind, und die noch heute für wichtige Fragen des Beamtenrechts die einzige gesetzliche Grundlage bilden[33]).

Zweiter Teil.

Die wissenschaftliche Behandlung der Beamtenanstellung.

I. Kapitel.

Die der Geschichte angehörenden Theorien.

§ 2. Die privatrechtlichen Konstruktionen.

Trotz dieser weitgehenden geschichtlichen Entwicklung des landesherrlichen Beamtentums beschäftigt sich die Rechtswissenschaft erst bedeutend später mit diesem Problem. Und auch jetzt gab nicht das wissenschaftliche Interesse den Anlaß zu dieser Beschäftigung, sondern die praktische Frage der Kündbarkeit dieses Staatsdienerverhältnisses zwang Ende des 16. Jahrhunderts die Wissenschaft zur rechtlichen Formulierung. Je nachdem man nun die Unkündbarkeit oder Kündbarkeit beweisen

---

[29]) Vgl Helfritz: Beamtenrecht a a. O. S. 369.
[30]) Vgl. Helfritz: Beamtenrecht a. a. O. S. 370.
[31]) Vgl Loening a. a. O. S. 112.
[32]) Petruschke a. a. O. S 6.
[33]) Vgl. Helfritz: Beamtenrecht a. a O. S. 370.

wollte, wählten die Schriftsteller die für ihren Zweck passende Rechtsform. Demnach hatten die ersten Schriften mehr den Charakter von „Parteischriften"[1]) als den der ernsten wissenschaftlichen Forschung.

In jener Zeit war die deutsche Staatsrechtswissenschaft erst entstanden und lehnte sich noch eng an die älteren Staatsrechtsdisziplinen Spaniens und Italiens an, die wiederum ihren Ursprung in römischrechtlichen, privatrechtlich gefärbten Quellen hatten[2]). Die Folge war, daß man die rechtliche Stellung des Beamten als eine rein privatrechtliche behandelte. Mithin wurden unzählige Konstruktionen gebildet, um das Beamtenverhältnis unter die Normen eines der privatrechtlichen Verträge zu bringen. Aber alle diese Versuche waren von Anfang an zum Scheitern verurteilt, denn das im öffentlichen Recht wurzelnde Beamtenverhältnis konnte nicht auf der Grundlage des Privatrechts seine Lösung finden.

So versuchte man es mit dem mandatum dem Auftragsvertrag des römischen Privatrechts. Vor allem vertraten Mevius, Eyben und Harpprecht[3]) diese Ansicht. Nun ist aber im Beamtenverhältnis wesentlich, daß der Beamte ein Recht auf Bezahlung der geleisteten Dienste hat, während gerade die Unentgeltlichkeit ein Wesensmerkmal des Auftragsvertrags ist. Mithin paßte der Auftrag als unentgeltlicher Vertrag nicht für das entgeltliche Beamtenverhältnis. Aehnlich erging es der Konstruktion eins Precariums. Die bedeutensten Vertreter dieser Theorie waren Nikolaus Myler de Ehrenbach (1610—1677) und Just Henning Böhmer. Den privatrechtlichen Begriff „precarium" definiert Rehm[4]) als „die unentgeltliche Gestattung der faktischen Ausübung der im Eigentum enthaltenen Besitzes- und Gebrauchsbefugnisse unter dem Vorbehalt willkürlichen Widerrufs der Gestattung". Diese Gestattung kam wieder dem Landesherrn weit entgegen, indem ihm ein willkürliches Kündigungsrecht zugesprochen wurde. Wesentlich ist aber auch für diese Vertragsnormen die Unentgeltlichkeit; das Recht der Beamten auf Entlohnung ist damit schwerlich in Einklang zu bringen. Weiter ist ein Widerspruch im Wesen des Precariums selbst begründet. Dieses wird zum Vorteil des Precaristen abgeschlossen, wie oben die Definition es deutlich erkennen läßt, während der Beamte selbst nach einem Ausspruch von Myler de Ehrenbach der utilitas publica, also dem Konzedenten, dient[5]).

Eine Reihe von Rechtslehrern (Paul Kreß, Chr. v. Wolff,

---

[1]) Bornhak a. a. O. Bd. II. S. 13.
[2]) Vgl. Schwertfeger a. a. O. S. 12.
[3]) Vgl. Rehm a. a. O. Annalen 1884. S. 583 f.
[4]) a. a. O. Annalen 1884. S. 586.
[5]) Rehm a. a. O. Annalen 1884. S. 587.

Strube, Haller)[6]) glaubten, in der Dienstmiete — locatio conductio operarum — die passende Konstruktion für das Staatsdienerverhältnis gefunden zu haben. Dieser Annahme steht aber die Natur der Staatsdienste entgegen. Hier handelt es sich um operae liberales und diese widersprechen dem Begriff der Dienstmiete. Um diesen operae liberales zu entsprechen, kam man zu der Prägung eines Innominatkontraktes nach der Konstruktion: „do, ut facias"[8]) und weiterhin zur Privilegientheorie Malakords[9]) und des auctor voti[10]). In der letzteren Theorie wird dem Staatsdiener ein wohlerworbenes Privatrecht auf Beibehaltung der Amtsführung zugesprochen, nämlich ein „ius in munere quaesitum et unilateraliter irrevocabile".

Aber keine dieser römischrechtlichen Vertragsformen konnte eine Begrenzung für das Staatsdienerverhältnis bilden, denn alle diese Vertragsformen waren feste Begriffe mit genau begrenztem Inhalt, die für die praktischen Bedürfnisse des täglichen Lebens geschaffen waren und nicht für einen römischrechtlicher Denkweise entrückten Tatbestand. Infolgedessen wurde eine Konstruktion immer von der anderen abgelöst. „Der eine stürzt den auf Sand gegründeten Bau des anderen, um alsobald ein ähnliches Gebäude auf gleichem Sande zu errichten", so kennzeichnet Begemann[11]) treffend dieses Streben, das Staatsdienerverhältnis in die starren Vertragsformen des römischen Rechts zu pressen.

Das Ungeeignete der starren römischrechtlichen Vertragstypen wurde bald erkannt. Seuffert[12]) trennte sich als erster vollständig vom römischen Privatrecht und erklärte den Staatsdienstvertrag als contractus sui generis auf deutschrechtlicher Grundlage. Auch er konstruiert aber noch ein rein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Beamten und dem Staat. Er geht aus von dem Problem einer allgemeinen Untertanendienstpflicht und erklärt es für einen einfachen Grundsatz des allgemeinen Staatsrechts, daß jedes Staatsmitglied dem Staat zum Dienste vollkommen verbunden sei[13]). Aus dieser Pflicht folgt weiter für den einzelnen Untertanen ein Recht, Dienste dem Staate zu leisten. Auf dieser Grundlage wird nun nach der Theorie von Seuffert noch ein Vertrag zwischem dem Herrscher

---

[6]) Bornhak a. a. O Bd. II. S. 14

[7]) Windscheid a. a O S. 771

[8]) Vgl Westphal: Deutsches Staatsrecht 1784 Abhandlung 19.

[9]) Malacord: Dissertatio de publicis officiis etc Göttingen 1788.

[10]) Die letztere Begründung stammt von einem anonymen Verfasser und ist in Schlözers Staatsanzeiger 1785 Heft 29 unter dem Titel: Votum über die Frage, ob und inwiefern ein princeps berechtigt sei, seine Diener zu dimittieren oder einen in officio publico stehenden officialen seines Dienstes zu entsetzen. Vgl. hierzu Rehm a. a O Annalen 1884 S. 604 f

[11]) a. a. O. S. 27.

[12]) In „vom Verhältnis des Staates und der Diener des Staates gegen einander im rechtlichen und politischen Verstand". Würzburg 1793 S. 9. ff. Vgl. Rehm a a. O Annalen 1884 S 614.

[13]) Begemann a. a. O. S. 31.

und dem Beamten geschlossen, in welchem dieser seine Untertanendienstpflicht besonders anerkennt und der Herrscher ihm ein Amt überträgt. Durch diesen Vertrag wird für den Staatsdiener ein Recht auf das Amt begründet. Ein großer Widerspruch zeigt sich aber in dieser Konstruktion, die dadurch auch keine Beständigkeit aufweisen konnte. Da eine allgemeine Untertanendienstpflicht bestehen soll, ist es nicht verständlich, wie der Beamte diese Pflicht noch durch einen besonderen Vertrag anerkennen soll, und wie daraus dann für ihn selbst ein Recht hergeleitet werden kann. Obwohl dieser Widerspruch die Theorie Seufferts nicht zu einer Beständigkeit verhelfen konnte, wird man ihr eine gewisse Anerkennung nicht versagen können. Als erster verläßt er die Bahn des römischen Privatrechts und erkennt, daß dieser typisch deutsche Begriff nicht in die alten übernommenen Formen gezwängt werden darf. Er schafft mit seiner Konstruktion den Uebergang zur reinen staatsrechtlichen Gestaltung. Er selbst allerdings vergräbt sich den „glücklich angetretenen Weg zur Wahrheit“[14], indem er mit der Annahme eines Anstellungsvertrages in die privatrechtliche Sphäre zurückkehrt.

Die gleiche Grundidee wie Seuffert, wenn auch in einzelnen Teilen abweichend, verfolgen v. d. Becke, Leist, Jordan. Klüber, Buddeus, Feuerbach und andere[15]).

Fest mit dem Privatrecht verbunden ist ebenfalls noch Meisterlin[16]). Er setzt auseinander, daß das Beamtenverhältnis durch zwei durchaus verschiedene Rechtsgeschäfte begründet werde, nämlich durch einen Staatsdienstvertrag und einen Mandatsvertrag.

§ 3. Die Theorie Gönners und ihre Fortentwicklung bis zur gemischtrechtlichen Auffassung.

„Staatsdienste gehören in jeder Eigenschaft, als öffentliche Lasten und als Nahrungsstand, zum öffentlichen Rechte, und müssen nach der Natur des Staates aus sich selbst ohne Einmischung privatrechtlicher Normen beurteilt werden“. Mit diesem Satz verläßt Gönner[1]) die privatrechtliche Denkweise und beurteilt das ganze Beamtenverhältnis nur nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten. Die Staatsdienste selbst erklärt

---

[14]) Gönner a. a. O. S 18.
[15]) Bornhak a. a. O. Bd. II. 1912. S. 15.
[16]) In „Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen ertwickelt“. Cassel 1838,
[1]) a. a. O. S. 143.

er[2]) für ein unentbehrliches Bedürfnis für alle Staaten und für alle Zweige der Staatsverwaltung. Diese Staatsdienste müssen von den im Staate wohnenden Menschen geleistet werden. Um die Staatsbedürfnisse zu befriedigen, hat der Regent das Recht, aus der Summe der im Staat zusammengefaßten Kräfte die zur Leistung notwendigen zu bestimmen. Den Gegenpol zu diesem Recht bildet eine aus dem Staat unmittelbar hervorgehende Verbindlichkeit des einzelnen Untertanen zur Leistung von Diensten jeder Art für den Staat. Wenn der Staat nun diese Staatsverbindlichkeit fordert, so handelt er kraft seiner hoheitlichen Macht und verwandelt sich nicht in einen Vertragspartner, wie auch der Staat, wenn er die Entrichtung von Steuern fordert, nicht als Kontrahent des Steuerzahlers auftritt[3]. Maßgebend für die Begründung des Beamtenverhältnisses ist demnach die einseitige Willenserklärung des Regenten, welche die rechtliche Möglichkeit eines Vertrages ausschließt[4]). Die Besoldung leitet er ab aus dem „allgemeinen Nahrungsstand“[5]), den ein jeder Bürger haben muß, um seine Lebensbedürfnisse befriedigen zu können. Nach dieser Theorie konnte der Staat jeden Untertanen durch einseitige Willenserklärung zur Leistung von Staatsdiensten zwingen. Die notwendige Folge war, daß der Staatsdiener selbst nur sehr wenig Rechte hatte.

Infolgedessen versuchten später Rechtslehrer diesen Mißklang zwischen den Rechten und Pflichten des Staatsdieners durch Weiterbildung der Lehre Gönners zu beseitigen.

Das staatliche Zwangsrecht erkennt auch Heffter[6]) an. Aber er kommt zu dem Ergebnis, daß in der Praxis die Staatsdienste doch freiwillig übernommen werden, wenn auch der Fall denkbar ist, „wo der Staat von dem ihm zustehenden Zwangsrecht Gebrauch zu machen genötigt werden könnte“[7]). Die Ausübung dieses Zwangsrechts ist aber von selbst begrenzt. Denn es darf nicht gegen Sittlichkeit und Recht und die Verfassung verstoßen und auch nicht länger, als der Zweck es erfordert, zur Anwendung gebracht werden[8]). Da sich in der Regel genug Staatsbürger zur Leistung der notwendigen Dienste anbieten, so kommt dieses staatliche Zwangsrecht nur in seltenen Ausnahmefällen zur Durchführung. Um das Verhältnis zwischen Staat und Diener zu bestimmen, geht er vom Staatsamt aus. „Die Aemter selbst sind ein Teil der Staatsverfassung“[9]) und sind infolgedessen privatrechtlicher Willkür

---

[2]) a. a. O. S. 56 f.
[3]) Gönner a. a. O. S. 51.
[4]) Gönner a. a. O. S. 86.
[5]) Gönner a. a. O. S. 115.
[6]) a. a. O. S. 106 ff.
[7]) a. a. O. S. 126.
[8]) Heffter a. a. O. S. 127.
[9]) a. a. O. S. 129.

entzogen. „Das Amt, das Verhältnis, die obligatio wird nicht erst durch einen Vertrag, eine conventio, geschaffen, es ist schon vorhanden und wird nur jedes Mal durch einen Regierungsakt bei einer neuen Anstellung für ein bestimmtes Individuum ins Leben gerufen"[10]). Durch die Uebertragung dieses Staatsamtes allein entstehen wechselseitige Rechte und Verpflichtungen zwischen dem Staat und dem Diener, ohne daß der Diener selbst mitzuwirken hat. Eine „vollkommene Analogie" für das Amtsverhältnis findet Heffter „in dem Institut der Tutelen und Curatelen" des römischen Rechtes. Ueber die rechtliche Form des staatlichen Uebertragungsaktes gibt uns Heffter noch keine nähere Erklärung.

Dahlmann[11])und Perthes[12]) folgen in den Grundzügen der Lehre Heffters und Gönners. Nur in einer Hinsicht gibt es einen gewissen Unterschied. Während Gönner den Gehaltsanspruch ebenfalls als öffentlichrechtlich behandelt, geht Perthes davon aus, daß dieser Gehaltsanspruch des Staatsdieners einen privatrechtlichen Anspruch darstelle. Aehnlich wie ein Entschädigungsanspruch bei der Enteignung zur Entstehung kommt (Vgl. Allgemeines Landrecht Einl. § 74, 75.), so muß der Staatsdiener dafür entschädigt werden, daß er durch die Ernennung zum Staatsdiener gewissermassen verhindert ist, einen anderen Beruf zu ergreifen und sich so einen Nahrungsstand zu sichern. Diese Gedankengänge werden von Zachariae genauer ausgearbeitet.

Als Grundsatz stellt Zachariae[13]) die Formel auf, daß jedes Verhältnis, welches durch das Gesamtinteresse der staatlichen Gemeinschaft bestimmt werden, insoweit ein öffentliches, staatsrechtliches; wenn dies nicht der Fall sei, ein privates oder privatrechtliches heiße. Nun sind die Dienstfunktionen des Staatsdienstverhältnisses ihrer innersten Natur nach Bestandteile der ganzen Staatstätigkeit. Infolgedessen müssen Sie insoweit auch öffentliches Recht darstellen und können nicht eigenes oder Privatrecht des Beamten sein. „Im Verhältnis zum Staate hat der Beamte, was seine Dienstfunktionen anbetrifft, nur Pflichten"[14]). Aber das Staatsdienstverhältnis bringt auch private Rechte des Beamten zur Entstehung. Und zwar ist alles dies Privatrecht, was als „Bestandteil der besonderen Rechtssphäre des Individuums"[15]) angesehen wird. Besonders zu dem Privatrecht des Beamten gehören der Besoldungsananspruch und die Dienst- oder Standesehre. Begründet wird dieses halb öffentlichrechtliche und halb privatrechtliche Ver-

---

[10]) a. a. O. S. 126/130.
[11]) Rehm a. a. O. Annalen 1884 S. 668.
[12]) a. a. O. S. 52 ff.
[13]) a. a. O. Bd. I. S. 44.
[14]) a. a. O. Bd. II. S. 28.
[15]) a. a. O. Bd. II. S. 28.

hältnis einheitlich durch einen einseitigen Willensakt des Inhabers der Staatsgewalt. Diesen Akt bezeichnet Zachariae als lex specialis. Der Name klingt verwirrend. Ein Gesetz im eigentlichen Sinne ist die lex specialis nicht, denn Gesetze, leges generales, können Vorschriften allgemeinen abstrakten Inhaltes sein[16]), während die leges speciales nur bestimmte konkrete Verhältnisse regeln. Das Anstellungsdekret stellt er dem Privilegium und anderen Verhältnissen gleich[17]). Es ist also seinem inneren Wesen nach kein Gesetz, sondern eine Verfügung, denn es schafft keine Rechtsnorm sondern ein Rechtsverhältnis[18]). Die durch Zachariae angeführte Scheidung hat Bedeutung für die Frage, welche Rechte und Pflichten auf gerichtlichem Wege durch Zivilklage gegen den Staat geltend gemacht werden können[19]).

Lange Zeit hindurch war die Lehre von Zachariae die herrschende und wurde von bedeutenden Rechtsgelehrten vertreten. In einzelnen Punkten weichen sie in ihrer Formulierung zwar voneinander ab, aber die Grundidee der Lehre von Zachariae wird auch bei ihnen aufrecht erhalten. Die wichtigsten dieser Vertreter sind Zöpfl, Bluntschli, Gerber, v. Holtzendorff, Grotefend, Pözl, Otto v. Gierke, v. Kannegießer, Hermann Schulze.

Viele von den oben angeführten Vertretern bilden die Lehre weiter. Trotzdem tritt aber kaum eine Förderung ein. Es werden Bedenken geltend gemacht, daß auch die privatrechtliche Seite durch den einseitigen Staatsakt begründet werden kann. Daher wird zum Teil angenommen, daß neben dem Staatsakt ein privatrechtlicher Vertrag einhergehe, sodaß ein gemischtes Verhältnis vorliege, wonach die Verpflichtung des Beamten zu seinen Leistungen auf einem einseitigen Willensakt des Herrschers beruht, während die Verpflichtung des Staates zu Gegenleistungen aus einem privatrechtlichen Vertrag herrühre. Auch Rehm[20]) geht einen ähnlichen Weg und erklärt den Staatsdienst für ein gemischtes Verhältnis. Allerdings führt er die Begründung dieses Staatsdienstverhältnisses nicht auf einen einseitigen Willensakt sondern auf einen merkwürdig gestalteten Vertrag zurück, der gleichzeitig einen privatrechtlichen und staatsrechtlichen Inhalt haben soll. Er sagt[21]): „Primär oder ursprünglich ist das öffentliche Element. Dahin gehören die Pflichten des Staatsdieners und sein Anspruch auf Schutz und Ehre. Sekundär oder abgeleitet ist das privat-

16) a. a. O. Bd. II. S. 140.
17) a. a. O. Bd. I. S. 397.
18) Rehm a. a. O. Annalen 1884 S. 675.
19) a. a. O. Bd. II. S. 29.
20) a. a. O. Annalen 1884 S. 565 ff.; 1885 S. 65 ff.
21) a. a. O. Annalen 1885 S. 110.

rechtliche Element, welches die vermögensrechtlichen Ansprüche des Dieners zum Inhalt hat"

§ 4. Welche Fehler haben diese Lehren?

Die bisher angeführten Theorien, soweit sie den Begriff privatrechtlich gestalteten, mußten scheitern und werden auch heute nicht mehr vertreten. Das öffentliche und das private Recht sind in ihrem Aufbau vollkommen anders gestaltet. Aus dem Wesen des Rechts ergibt sich, daß allgemeine Grundsätze „richtigen" Rechts auf beiden Gebieten ihre Anwendung finden können. Auf eine Wesensgleichheit kann aber hieraus nicht geschlossen werden. Am klarsten ist der Unterschied zu finden, wenn die an dem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte einer Betrachtung unterzogen werden[1]). Im privaten Recht handeln gleichgeordnete Subjekte, ohne daß eine Seite kraft hoheitlicher Gewalt eine übergeordnete Stellung hat. Anders ist es im öffentlichen Recht. Hier ist in der Regel ein Rechtssubjekt mit hoheitlicher Zwangsgewalt ausgestattet, wodurch das andere als untergeordnet erscheint[2]). Gerade bei der Anstellung des Beamten tritt der Staat auf Grund seiner hoheitlichen Gewalt auf, sodaß dieses Verhältnis — ganz gleich welche rechtliche Gestaltung gewählt wird — auf jeden Fall ein öffentlichrechtliches darstellt. Daher konnten die rein privatrechtlich konstruierenden Rechtslehrer nie eine klare Lösung aller streitigen Fragen des Staatsdienerverhältnisses bringen.

Aber auch Gönner und seine Nachfolger, die das Dienstverhältnis auf die Staatsgewalt und eine Untertanendienstpflicht stützten, gingen von falschen Voraussetzungen aus, indem sie eine Untertanendienstpflicht annahmen und das Staatsdienstverhältnis selbst durch Uebertragung des Amtes entstehen ließen[3]). Nach der Gönnerschen Theorie ist es unmöglich, daß es einen Beamten gibt, der sein Amt nicht mehr ausübt, da das Amt und das Staatsdienstverhältnis durch die Begründung eng verbunden sind. Das Gegenteil wird aber durch die Praxis erwiesen und hat eine ausdrückliche Anerkennung in der Reichsgesetzgebung gefunden. Der Begriff des Amtes ist weiter als der des Beamten. Beide Begriffe decken sich durchaus nicht, denn es gibt einerseits Beamte, die kein Amt verwalten z. B. die beurlaubten, vom Amte suspendierten oder zur Disposition

1) Vgl. hierzu Helfritz: Allgemeines Staatsrecht S. 6 ff.

2) Abgesehen wird hier von den Fällen, wo zwei mit hoheitlicher Zwangsgewalt ausgestattete Rechtssubjekte als Kontrahenten gegenübertreten.

3) Vgl. zum folgenden Laband a. a. O. 5. Aufl. Bd. I. S. 429 ff., Rehm a. a. O. Annalen 1885 S. 160 ff, Loening a. a. O. § 25 fg.

gestellten Beamten, und andererseits gibt es Aemter, deren Träger nicht Beamte sind, so haben die Geschworenen, Schöffen, Handelsrichter, Arbeitsrichter usw. unzweifelhaft ein Amt, obwohl sie nicht Beamte sind.

Zweck der Beamtenanstellung wird zwar immer die Führung eines Amtes sein, aber begriffsnotwendig ist nicht die tatsächliche Führung eines Amtes sondern die Verpflichtung zur Führung eines solchen. „Die vertragsmäßige Dienstpflicht verhält sich zur wirklichen Amtsführung wie die gesetzliche Wehrpflicht zum aktiven Militärdienst oder wie die gesetzliche Gerichtspflicht zur effektiven Ausübung des Geschworenen- oder Schöffenamtes"[4]).

Auch aus dem Strafgesetzbuch ergibt sich der Unterschied zwischen Amt und Beamter. Nach § 359 sind Beamte „alle im Dienste des Reiches oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte". Obwohl die letztgenannten keine Beamten sind, so sind sie doch gemäß § 31 Abs. II. Träger öffentlicher Aemter. Im 28. Abschnitt (§ 331 ff.) werden die Verbrechen und Vergehen „im Amt" behandelt. Strafbare Handlungen „im Amt" können begehen nach § 334 Schiedsrichter, Geschworene und Schöffen, nach § 337 und 338 Geistliche und Religionsdiener, nach § 352 und 356 Advokaten, Anwälte und Rechtsbeistände. Diese Personengruppen sind fast ausschließlich keine Staatsbeamten, und doch verwalten sie ein Amt. Ein Verbrechen und Vergehen können sie aber nur verüben, wenn sie im „Amt" sind. Anders ist es bei den Beamten. § 72 des Reichsbeamtengesetzes spricht von Dienstvergehen der Beamten. Diese Bestimmung wird auch auf die einstweilig in den Ruhestand versetzten Beamten angewendet. Beamte können mithin auch Dienstvergehen verüben, wenn sie kein Amt haben, sofern sie nur Beamte sind.

Aus den obigen Darlegungen geht klar der heute auch allgemein anerkannte Unterschied zwischen Amt und Beamter hervor. Gönner und seine Anhänger machten diesen Unterschied nicht. Infolgedessen verbanden sie die Begriffe Amt und Beamter miteinander, ohne daß d ese sich in der Wirklichkeit deckten. Auf dieser Grundlage konnte mithin auch ein brauchbares Ergebnis nicht erzielt werden. Dieser Fehler in der Beweisführung dieser Rechtslehrer dürfte als Hinweis genügen, um die Unbrauchbarkeit dieser Theorien darzutun.

---

[4]) Laband a. a. O. 5 Aufl. Bd. I. S. 141.

II. Kapitel.

Die in der Gegenwart vertretenen Lehren.

§ 5. Die Theorie vom öffentlichrechtlichen Vertrag (Laband).

Im modernen Beamtenrecht können die vertretenen Ansichten in drei Gruppen eingeteilt werden. Wenn auch in den einzelnen Gruppen die verschiedenen Theorien zum Teil in der Begründung und in den Schlußfolgerungen voneinander abweichen, so gehen sie doch alle von bestimmten grundsätzlichen Erwägungen aus, sodaß nur auf die einzelnen Gruppen als solche eingegangen zu werden braucht.

In dem Zeitpunkt, als durch die Entwicklung der Staatsidee bedingt in der Praxis der absolute Staat vom Verfassungsstaat abgelöst wurde, trat auch eine entscheidende Wendung in den rechtlichen Konstruktionen der Beamtenanstellung ein. Die „Untertanendienstpflicht", als Zwangsrecht des Staates, wie sie von Gönner und seinen Nachfolgern vertreten worden ist, paßte nicht recht zu den in den Verfassungen festgelegten Grundsätzen und Grundrechten. Aus diesem Grunde kommt eine Gruppe von Rechtslehrern dazu, daß das Beamtenverhältnis durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag begründet wird.

Diesen öffentlichrechtlichen Vertrag verwendet Schmitthenner[1]) in seiner Theorie. Nur führt er diese Konstruktion nicht vollends durch, und so bleibt sie etwas unklar. Zum Teil geht er eigene Wege und schafft neue Grundlagen. Im entscheidenden Augenblick tritt er jedoch den Rückzug an und versucht, seine neue Theorie mit den Ausführungen von Gönner und Zachariae in Einklang zu bringen. Schwertfeger[2]) charakterisiert die Lehre Schmitthenners treffend dahin:

„Der Staatsdienst ist ein durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag als materiellen und einer lex specialis als formellen Rechtsgrund erzeugtes, seinem Inhalte nach staatsrechtliches Verhältnis, bei dem nur die subjektiven Rechte des Staatsdieners wegen der Form ihrer Geltendmachung als privatrechtliche Befugnisse erscheinen".

Diese knappe Darstellung zeigt schon den Kompromißcharakter dieser Lehre. Das Staatsdienstverhältnis läßt er noch nicht allein durch einen Vertrag entstehen, sondern er teilt den Anstellungsvorgang in zwei gleichberechtigt nebeneinanderste-

---

[1]) a. a. O. S. 498 ff.
[2]) a. a. O. S. 20.

hende Akte, die erst durch ihre Zusammenwirkung das Staatsdienstverhältnis begründen sollen. • Der eine Akt ist ein öffentlichrechtlicher Vertrag, durch den sich der einzelne „zur Vollziehung einer organischen-öffentlichen Funktion im Staate" verpflichtet. Es wird durch diesen Vertrag ein Subjektionsverhältnis geschaffen. Den Uebergang des Amtes läßt er aber erst durch Erteilung eines Anstellungsdekrets, welches den Charakter einer lex specialis hat, eintreten. Beide Akte, der Vertrag als materieller Rechtsgrund und das Dekret als formeller, bilden zusammen erst das Staatsdienstverhältnis. Den sich für den Staatsdiener ergebenen Rechten spricht er zwar öffentlichen Charakter zu, aber auch hier will er wieder seine Lehre mit den damals herrschenden Ansichten in Uebereinstimmung bringen und scheitert an der Klagbarkeit dieser Rechte. Da diese Rechte nun im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar seien, so folgert er hieraus, daß „die dem Inhalt nach öffentlichen Rechte der Form des Innehabens nach auch wohl Privatrechte genannt werden, insofern sie unter dem Schutze der richterlichen Gewalt stehen[3]).

Wenn diese Theorie auch einen neuen Weg für die Entwicklung des Staatsdienstverhältnisses gewiesen hat, so braucht dennoch nicht näher auf sie eingegangen zu werden, da sie der heutigen Auffassung der Theoretiker, die einen öffentlichrechtlichen Vertrag bei der Begründung und Auflösung dieses Verhältnisses annehmen, nicht mehr entspricht. Mohl, Seydel und Laband haben dieser Lehre die klare Form gegeben und sie ausführlich begründet. Diese Prägung ist auch im wesentlichen, bis auf Kleinigkeiten, von den Vertretern dieser Gruppe übernommen worden, sodaß diese damals festgelegte Anschauung zur Kennzeichnung ihrer theoretischen Auffassung dienen kann.

Die Grundlage der Vertragstheorie von Laband[4]) bildet die Anerkennung des status libertatis durch den Verfassungsstaat[5]). Das Verhältnis zwischen Staat und Individuum ist in der Verfassung festgelegt. Innerhalb dieser Grenzen ist der einzelne dem Staat verpflichtet und ebenso umgekehrt. Auf dem Boden des status libertatis stehen aber Staat und Individuum unabhängig einander gegenüber. Diese verfassungsmäßige Garantie einer bestimmten freien Bewegungsmöglichkeit bringt es mit sich, daß der status libertatis nur durch ein entsprechendes Gesetz dahin eingeschränkt werden könne, daß der Untertan zur Leistung bestimmter Dienste verpflichtet sei. Auf diese Weise würde man wieder zu einer Untertanendienst-

[3]) Schmitthenner a. a. O. S. 257.

[4]) Vgl. zum folgenden Laband a. a. O. 5. Aufl. Bd. I. S. 429 ff., und a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. 18. S. 75 ff.

[5]) G. Jellinek: System S. 210.

pflicht kommen. Es dürfte aber klar sein, daß dieser Weg kaum beschritten werden kann. Der Staat braucht für die Erfüllung seiner Aufgaben hochwertige Arbeitskräfte, die in treuer Ergebenheit und mit Fleiß ihre Tätigkeit ausüben. Diese Qualität könnte nie durch eine erzwungene Dienstleistung erreicht werden. Da auf diesem Wege die für die Erhaltung des Staates notwendigen Dienstleistungen nicht beschafft werden können, so bleibt dem Staat nur übrig, sich die Kräfte im Wege freiwilliger Vereinbarung zu suchen. Hier wirkt der status libertatis des Einzelnen. Soll nun eine Verpflichtung begründet werden, so kann dies nur durch eine übereinstimmende Willenserklärung beider Beteiligten (Staat und Individuum) geschehen. Diese Uebernahme ist ein Konsens, der auf die Uebernahme und Gewährung gegenseitiger Verpflichtungen gerichtet ist, „also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und dies ist eben ein Vertrag“[6]). „Aber dieser Vertrag ist kein Vertrag des Obligationenrechts, sondern er begründet ein Gewaltverhältnis des Staates, eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht des Beamten, andererseits eine Pflicht des Staates zum Schutze und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens“[7]).

Als Beispiel für ein derartiges Gewaltverhältnis führt Laband[8]) die Vasallität des Mittelalters an. Allerdings liegt ein Verhältnis des Privatrechts vor, das auch durch einen Vertrag zwischen Senior und Vasall begründet wurde. Zwischen dem Lehnsherrn und Lehnsmann bestand ein Gewaltverhältnis, das ethischer Natur war. Es beruhte auf besonderer Treue und Ergebenheit und begründete eine besondere Dienstpflicht. „Die Kommendation erzeugte kein (obligatorisches) vertragsverhältnis, sondern ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung, eine potestas“, Verletzte der Lehnsmann seine Dienstpflicht, so war dies kein Vertragsbruch sondern ein Vergehen, „eine Felonie“. Durch Bestimmung und Zweck der versprochenen Dienste wird der Eintritt in den Staatsdienst aber von der privatrechtlichen Kommendation unterschieden. „Der Staatsbeamte verspricht nicht Dienste im Privatinteresse irgend eines Herrn und zur Förderung der individuellen Vorteile desselben, sondern er gelobt seine Dienste zur Förderung und Durchführung staatlicher Aufgaben, zum Wohle des allgemeinen Besten“[9]). Dieser Gedanke findet auch im alten preußischen Recht seine Stütze. Dort heißt es im allgemeinen Landrecht Teil II Titel 10 § 1 „Militär- und Zivilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und

[6]) Laband a. a. O. S. 449.
[7]) Laband a. a. O. S. 434.
[8]) Laband a. a. O. S. 433.
[9]) Laband a. a. O. S. 442.

den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen".

In den früheren Begründungen wurden aus diesem öffentlichrechtlichem Vertrage die letzten Konsequenzen nicht gezogen, und die Rechte des Staatsdieners auf entsprechende Entlohnung wurden als privatrechtliche erklärt. Selbst in der neueren Gesetzgebung[1]) wird für die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten der ordentliche Rechtsweg offen gehalten. Trotzdem bleibt aber der Anspruch auf Gehalt, der aus dem öffentlichrechtlichen Vertrage abgeleitet wird, ein öffentlichrechtlicher, denn er beruht auf einem öffentlichrechtlichen Titel[11]). Der Beamte hat einen Anspruch auf standesgemäße Alimentierung durch den Staat. Dieser richtet sich aber nicht gegen den Staat als Fiskus, sondern gegen den Staat als Inhaber der Staatsgewalt [2]). Durch die Offenhaltung des ordentlichen Rechtsweges wurde nicht versucht, auf die rechtliche Natur dieses Verhältnisses einzuwirken, vielmehr war früher eine Verwaltungsgerichtsbarkeit im heutigen Sinne nicht bekannt, und weiterhin wollte der Gesetzgeber dem Beamten einen größeren Rechtsschutz für die in dem öffentlichen Recht wurzelnden Gehaltsansprüche gewähren.

Durch die angeführten Gründe hat Laband nachgewiesen, daß all die historischen Theorien, die die Grundlage der vermögensrechtlichen Ansprüche im Privatrecht fanden, einer wissenschaftlichen Kritik nicht standhalten können. Denn dies beruht nur auf einer Verwechslung von „klagbaren Ansprüchen" mit „zivilrechtlichen"[13]). Indem Laband ein reines öffentlichrechtliches Verhältnis annimmt, vermeidet er also den Rückzug Schmitthenners, der noch versucht, seine Lehre mit den privatrechtlichen Begründungen dieser vermögensrechtlichen Ansprüche in Einklang zu bringen, und der seine Zuflucht zu „privatrechtlichen Befugnissen" nimmt.

Daß Laband weiterhin den Unterschied zwischen der Begründung des Staatsdienstverhältnisses und der Uebertragung des Staatsamtes selbst macht, ist oben ausgeführt worden und bedarf hier keiner näheren Erörterung.

Zusammenfassend läßt sich die Vertragstheorie im Sinne Labands folgendermaßen kennzeichnen:

Das Beamtenverhältnis wird begründet durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag, der durch gleichgeordnete Vertragspartner, nämlich den Staat und den Untertan, geschlossen wird, und es werden nur öffentlichrechtliche Ansprüche erzeugt.

---

10) Vgl. hierzu das preußische Gesetz vom 24 Mai 1861 betr. die Erweiterung des Rechtsweges §§ 1–8, Teutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919 Art. 129, preußische Verfassung vom 30. November 192) Art. 79.

11) Laband a. a. O. S. 501.

12) Loening a. a. O. S. 182 Anm. 7.

13) Laband a. a. O. S. 518.

Die Rechtslehrer, die auf dieser Grundlage das Beamtenverhältnis erklären, sind ziemlich zahlreich[14]), und noch in der neuesten Literatur[15]) wird diese Ansicht viel behandelt. Zur Vereinfachung der Darstellung wird in den folgenden Ausführungen diese Theorie unter der kurzen Bezeichnung „Vertragstheorie" angeführt werden.

§ 6. Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

(Otto Mayer).

Die zweite Gruppe hat ohne Zweifel die meisten Anhänger. Leider weichen hier die Ansichten voneinander erheblich ab, und man kann sie nur auf eine Grundlage bringen, wenn man über einzelne Abweichungen hinweggeht. Ein einheitlicher, präziser Name existier für diese Gruppe nicht. Die verschiedensten Bezeichnungen, wie Verwaltungsakt auf Unterwerfung[1]), öffentlicher Hoheitsakt des Staates[2]), einseitiger Staatsakt, Verwaltungsakt, Verfügung[3]), empfangsbedürftige Verwaltungsverfügung[4]), Verwaltungsakt auf Uebereinstimmung[5]) usw. werden von den einzelnen Vertretern gewählt. Am markantesten sind die Ausführungen von Otto Mayer, der den Begriff des „Verwaltungsakts auf Unterwerfung" geprägt hat, nachdem er zuerst ihn als „öffentlichrechtlichen Vertrag" bezeichnet hatte[6]). Dieser „öffentlichrechtliche Vertrag" entsprach aber schon seiner Konstruktion und darf nicht im Sinne der ersten Gruppe verstanden werden.

Um die leitenden Gedanken dieser Theorie zu kennzeichnen, ist es angebracht, die Darstellungen Otto Mayers als Grundlage zu benutzen, da diese Ausführungen am besten die für alle Ansichten gemeinsamen Gedanken hervorheben.

Der Ausgangspunkt Otto Mayers ist der Verwaltungsakt. Er definiert[7]) ihn „als einen der Verwaltung zugehörigen obrigkeitlichen Ausspruch, der dem Untertanen im Einzel all bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll". Er ähnelt in dieser Ausgestaltung dem gerichtlichen Urteil.

Otto Mayer geht an und für sich keine neuen Wege.

---

[14]) Grosch a. a. O. S. 271; Hatschek: Selbstverwaltung S. 98.; Lasinskij a. a. O. S. 18 ff; Loening a. a. O. S. 119; Piloty a. a. O. S. 241; Seydel a. a. O. S. 59; v. Stengel a. a. O. Annalen 1876 S. 898; Vogels a. a. O. Verwaltungsarchiv Bd. 27. S. 251, Bd. 31 S. 49 ff.

[15]) Luddeberg a. a. O. S. 157 f.; Herrmann a. a. O. S. 11 f.; Husserl a. a. O. S. 77 f.; Georg Jellinek a. a. O. S. 177, 209 ff.; in beschränktem Umfange Wolffstieg a. a. O. S. 21.

[1]) Otto Mayer a. a. O. Bd. II. S. 262.

[2]) Helfritz: Beamtenrecht S. 401.

[3]) Vgl. für die letzten Benennungen Otto Mayer a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. III. S. 43.

[4]) Gießner a. a. O. S. 10. f.

[5]) Herrnritt a. a. O. S. 285. ff.. 445, 448. f.

[6]) a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. III. S. 44.

[7]) Verwaltungsrecht Bd. I. S. 95.

Er gestaltet die alten Grundlagen nach der Richtung aus, daß sie dem modernen Staats- und Verwaltungsrecht entsprechen. Kein anderer als N. T. Gönner[8]) ist, zwar auf dem Wege über die Nationalökonomie, dazu gekommen, das Staatsdienstverhältnis durch die einseitige Willenserklärung des Regenten zur Begründung zu bringen. Nur scheiterte er damals noch an der unvollkommenen Prägung des deutschen Staatsrechts. Otto Mayer[9]) überwindet die Unvollkommenheiten und bildet die Gönnersche Grundidee so weit fort, daß eine durchaus verständliche Lehre entsteht. Er sieht in dem Beamtenverhältnis ein rein öffentlichrechtliches Verhältnis, ja für ihn steht es „außer Zweifel"[10]), sodaß er hierüber weiter nichts ausführt.

Er hält es nun nicht für möglich, daß im öffentlichen Recht zwischen dem Staat und seinem Untertanen ein Vertrag geschlossen werden kann. Die Begründung dieser Verneinung findet er in dem allgemeinen Wesen des Vertrages. Für ihn ist ein Vertrag nur durch die Willenseinigung der Beteiligten möglich, d. h. der „gemeinsame Wille" muß der Träger des Erfolges sein[11]). „Nicht der Eine soll die Rechtswirkung erzeugen und der Andere sich das gefallen lassen, sondern beide zusammen müssen sie (nämlich die Willenseinigung, Anm. d. Verf.) geschaffen haben; dann ist es ein Vertrag". Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts kann zwischen dem Staat und dem Untertanen eine solche Willenseinigung nicht zustande kommen, da dies der grundsätzlichen Ungleichheit der beiden Rechtssubjekte widersprechen würde. Nicht beide Willenserklärungen schaffen hier den Erfolg, sondern die Aeußerung der Behörde ist durch den überragenden Willen für sich allein das Wirkende. „Die Zustimmung des Betroffenen ist nur eine Voraussetzung dafür, daß dieser Ausspruch rechtmäßig uud zuständigerweise ergehe"[12]). Da der status libertatis im Verfassungsstaat das einzelne Individuum vor Eingriffen der Verwaltung schützt, muß diese Zustimmung die gesetzliche Ermächtigung bei der Belastung der Freiheit des Einzelnen vertreten. Dieser Ausspruch der Behörde ist aber ein Verwaltungsakt, und zwar nennt Otto Mayer ihn „Verwaltungsakt auf Unterwerfung", weil sich der Anzustellende durch die Zustimmung dem Ausspruch unterwirft, obwohl die gesetzliche Ermächtigung fehlt, die sonst der Erlaß eines Verwaltungsakts voraussetzt. Da ein solcher Verwaltungsakt in der Feststellungswirkung dem gerichtlichen Urteil ähnelt, ist auch der Erlaß eines solchen Verwaltungsakts an bestimmte Voraussetzungen gebunden, die für die Beurteilung der Gültigkeit wesentlich sind.

---

8) Gönner a. a. O. S. 86.
9) Vgl. zum folgenden Otto Mayer: Verwaltungsrecht Bd. II. S. 25[illegible]. ff.
10) Verwaltungsr. Bd. II. S. 262.
11) O. Mayer a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. III. S. 40.
12) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. II. S. 262.

Diese Voraussetzungen sind:

1. Der Verwaltungsakt kann nur ausgehen von einer Verwaltungsbehörde, die berufen ist, in obrigkeitlichen Willenserklärungen solcher Art wirksam zu werden[13]).

2. Der Verwaltungsakt bedarf, um wirksam zu werden, der gehörigen Kundmachung. Dem Untertanen, über den er ergeht, muß mithin eine besondere Mitteilung, die Eröffnung[14]) oder Behändigung [15]), gemacht werden[16]).

3. Als wichtigste Voraussetzung ist noch notwendig die Einwilligung dessen, über den der Akt ergeht, und dem dadurch Pflichten auferlegt werden[17]).

Erscheinen die ersten beiden Voraussetzungen klar zu sein, so sind die Wirkungen der dritten schwerer zu bestimmen. Die Einwilligung selbst bedarf keiner Form, sie kann stillschweigend oder ausdrücklich erklärt werden, kann auch nachträglich hinzutreten. Was geschieht nun, wenn die ersten beiden Voraussetzungen vorhanden sind, die Einwilligung des Betroffenen aber fehlt? Die Lösung dieser Frage ergibt sich aus der grundsätzlichen Verschiedenheit des Rechtswertes der Willenserklärungen der Obrigkeit von dem der Rechtsgeschäfte der Einzelnen[18]). Die Willenserklärung des Einzelnen wird wirkungslos, wenn die Rechtmäßigkeit fehlt. Bei der Willenserklärung der Obrigkeit wird dadurch, daß sie erlassen und kundgemacht wird, zu erkennen gegeben, daß alle Voraussetzungen erfüllt sind. Wenn auch die dritte Voraussetzung, die Einwilligung, fehlt, so steht der obrigkeitliche Akt auf sich selbst „kraft der Selbstbezeugung seiner Rechtmäßigkeit“[19]) und bleibt auch bestehen.

Dieser Staatsakt ist nun aber durch das Fehlen einer Voraussetzung mit einem Fehler behaftet. Hier macht nun Otto Mayer[21]) den Unterschied zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit. Nichtig ohne weiteres ist der Verwaltungsakt nur bei einer besonders starken Art rechtlicher Fehlerhaftigkeit. Dieser Ausnahmefall liegt vor, wenn die Stelle, von der der Verwaltungsakt ausging, keine Behörde ist, oder wenn sie zum Erlaß einer solchen Verfügung nicht zuständig war. Diese Ausnahmen zeigen, daß die Kraft des Staatswillens vorhanden sein muß, wenn eine Wirkung eintreten soll. Fehlt nun die Einwilligung des Betroffenen, während die beiden anderen Erfordernisse gegeben sind, so wirkt der Akt kraft seiner

---

[13]) Vgl. O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S. 96, Bd. II. S. 263.

[14]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S. 97.

[15]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen, 5. Senat vom 28. Sept. 1894, Bd. III. S. 95.

[16]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S. 97., Bd. II. S. 263; Kormann a. a. O. S. 184.; Entsch. d. O. V. G in Staatssteuersachen, 5. Senat vom 28. Sept. 1894, Bd. III. S. 95,

[17]) O. Mayer: Verwaltungsr Bd. II. S 266.

[18]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd I. S. 98.

[19]) O Mayer Verwaltungsr. Bd. II S. 266.

[20]) Vgl zum folgenden O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S. 97 f., Bd. II. S. 266.

Selbstbezeugung. Seine Fehlerhaftigkeit tritt erst hervor, wenn er zur Nachprüfung an eine zuständige Behörde kommt. Durch diese Behörde kann dann der Akt für ungültig[21]) erklärt werden. „Die Ungültigkeit bedeutet also hier eine bloße Vernichtbarkeit“[22]).

Diese überaus klar aufgebaute und logisch scharf durchdachte Theorie hat recht zahlreiche Anhänger[23]) gefunden. Man kann sie auch in der Wissenschaft als die herrschende Lehre bezeichnen.

§ 7. Der zweiseitige Verwaltungsakt.

(Walter Jellinek).

Erst in der neueren Zeit hat Walter Jellinek in der „Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preußischen Oberverwaltungsgerichts“[1]) eine dritte Theorie über die Begründung des Beamtenverhältnisses wissenschaftlich dargelegt. Er vermeidet es, vollkommen neue Wege zu gehen. Seine Theorie ist auf den Grundlagen, die Otto Mayer herausgearbeitet hat, aufgebaut.

Im folgenden soll versucht werden, kurz die charakteristischen Merkmale der Jellinekschen Lehre darzulegen, in der die Begründung des Beamtenverhältnisses als „zweiseitiger Verwaltungsakt“[2]) bezeichnet wird.

Hierzu ist es nötig, daß darauf eingegangen wird, welche Handlungen des Staates auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts denkbar sind, um die Stellung dieses „zweiseitigen Verwaltungsakts“, in dem System der staatlichen Handlungen würdigen zu können.

Jellinek[3]) erkennt die Definition Otto Mayers[4]) an, wonach der Verwaltungsakt ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch ist, der dem Untertanen im Einzelfall

---

[21]) ähnlich Kormann a. a. O. S. 208 ff., der allerdings einen solchen Akt nicht als ungültig sondern als anfechtbar bezeichnet. Nach seinen eigenen Ausführungen aber den gleichen Begriff meint.

[22]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S, 98.

[23]) Affolder a. a. O. S. 398.; Apelt a. a. O. S. 70. f., 104. ff; Anschütz in Enzyklopädie a. a. O. S. 149; Bornhak a. a. O. Bd. II. S. 18. ff., 29. ff.; Brand a. a. O. S. 63; Buchmann a. a. O S 7.; Cassirer a. a. O. S. 25 ff.; Fleiner a a. O. S. 183. ff.; Gießner a. a. O § 2, 3.; Giese a. a. O. S. 338 zu Art. 129, Anm 2.; Hatschek: Verwaltungsr. S. 9., 303. ff.; Helfritz: Beamtenrecht S. 400. f.; Herrnritt a. a. O. S. 181/182.; Kanngießer a. a. O. S. 589.; Klüber a. a. O. S. 138 f. 168. f.; Kormann a. a. O. S. 37. ff.; Layer a. a. O. S. 25. ff.; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 575 ff.; Georg Meyer a. a. O. Annalen 1876 S. 667. ff., 1878 S. 381.; Preuß a. a. O. S. 96. ff.. 39?. ff.; v. Rheinbaben a. a. O. S. 18.; v. Rönne-Zorn a. a. O. Bd. I. S. 426.; Schoen: Verwaltungsr. S. 260., Festgabe a. a. O. S. 126.; Schücking a. a. O. S. 167.; Stepkes a. a. O. S. 19. ff.; Walz a. a. O. S. 14?.; Zorn a. a. O. Bd. I. S. 305.

[1]) Vgl. S. 84 ff den Beitrag „zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung“.

[2]) Verwaltungsrecht S. 243.

[3]) Verwaltungsrecht S. 239; Festgabe a. a. O. S. 97., 101.

[4]) Verwaltungsrecht Bd. I, S. 95.

bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll. Nach seiner Ansicht[5]) paßt aber diese Definition nur für eine beschränkte Zahl von Verwaltungsakten; für den allgemeinen Begriff des „Verwaltungsakts“ hält er sie für zu eng. Denn nicht in jedem Verwaltungsakt kommt das „Urteilsähnliche“[6]) so zum Ausdruck, wie es der Verwaltungsakt von Otto Mayer erfordert. Es gibt viele Verwaltungsakte, die hoheitliche Willenserklärungen sind, z. B. Widmung eines Weges für den öffentlichen Verkehr, Festnahme zwecks Verbringung in Schutzhaft, Beurkundung einer Geburt oder eines Todesfalles. Obwohl dies alles Verwaltungsakte sind, fehlt doch die Urteilsähnlichkeit. Daher faßt Jellinek den Begriff des Verwaltungsakts viel weiter. Er[7]) bezeichnet als Verwaltungsakt „jede hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung“. An anderer Stelle[8]) erläutert er diese Definition dahin: Verwaltungsakte sind „solche der Verwaltung zugehörigen, auf eine Wirkung im Einzelfall berechneten Handlungen des Staates, die zum mindesten die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich haben, darüber hinaus aber in ihrer Wirksamkeit vielfach unabhängig sind von der Gesetzlichkeit ihrer Vornahme“.

Diese überaus große Gruppe von Verwaltungsakten teilt Jellinek[9]) in einseitige und zweiseitige Verwaltungsakte ein. Bei einem einseitigen Verwaltungsakt tritt handelnd nur der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt auf, während bei dem zweiseitigen zu dem obigen Erfordernis auch noch die Mitwirkung eines Untertans treten muß. Zwischen diese beiden Akte stellt er den von Otto Mayer definierten Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

Hiernach ergibt sich folgende Einteilung[10]):

1) Einseitiger Verwaltungsakt.
2) Verwaltungsakt auf Unterwerfung.
3) Zweiseitiger Verwaltungsakt.

Zu 1). Bei diesen einseitigen Verwaltungsakten unterscheidet er noch den an erster und höchster Stelle stehenden Verwaltungsakt, der ohne Zuziehung des Beteiligten ergeht und auch ohne Zustellung an ihn wirksam wird[11]), und den, der zwar ohne Willensmitwirkung des Beteiligten ergeht, aber empfangsbedürftig[12]) ist. Beispiele für die erste Art sind: Die

---

[5]) Vgl. zum folgenden Verwaltungsrecht S. 239.
[6]) Festgabe a. a. O. S. 101.
[7]) Verwaltungsrecht S. 239.
[8]) Festgabe a. a. O. S. 101.
[9]) Verwaltungsrecht S. 242 f.
[10]) Bei dieser Einteilung wird abgesehen von der „vollendesten Form der Zweiseitigkeit“, dem öffentlichrechtlichen Vertrage. W. Jellinek (Festgabe a. a. O. S. 107.) bringt dies als vierte Gruppe. Da hier der Staat aber dem Kontrahenten nichts mehr voraus hat, wird dies in der obigen Einteilung nicht berücksichtigt.
[11]) Schwertfeger a. a. O. S. 28.; W. Jellinek: Festgabe a. a. O. S. 105.
[12]) W. Jellinek; Festgabe a. a. O. S. 106.

Eintragung eines Gegenstandes in das Verzeichnis der nationalwertvollen Kunstwerke, die eine Ausfuhrbeschränkung zur Folge hat[13]; unter Umständen die im förmlichen Verfahren ergehende Entziehung einer Gewerbegenehmigung im zweiten Rechtszuge (Gewerbeordnung § 21 Ziff. 3.), wenn die Verkündung in öffentlicher Sitzung erfolgt[14]. Empfangsbedürftige, einseitige Verwaltungsakte sind die Polizeiverfügung, die vorläufige Amtsenthebung, die Enteignung, die Zwangseinschreibung im Gemeindeaufsichtsrecht[15].

Zu 2). Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung darf zwar nur auf Antrag oder mit Zustimmung des Betroffenen ergehen, das Fehlen dieser Mitwirkung macht den Akt aber nicht nichtig, sondern nur anfechtbar oder zurücknehmbar. Dieser Art des Verwaltungsakts legt Jellinek nur eine untergeordnete Bedeutung bei. Als Beispiele führt er an[16]: Abänderung eines ergangenen Steuerbescheides durch das Finanzamt ohne Zustimmung des Steuerpflichtigen[17]; eine Polizeiverfügung, die einem Eigentümer das Bauen untersagt, wenn die Polizeibehörde irrigerweise der Ansicht ist, daß der Eigentümer sich einem Bauverbot zu Gunsten des Nachbarn, wie es nach einigen Baugesetzen zulässig ist, unterworfen habe.

Zu 3). Als die wesentlichsten Anwendungen des „zweiseitigen Verwaltungsakts" sieht Jellinek nun die Anstellung und die Entlassung aus dem Staatsdienst an. Wie ist nun dieser zweiseitige Verwaltungsakt gestaltet? Aus dem Wort selbst folgt, daß zwei verschiedene Subjekte handeln müssen. Der Akt ist aber noch kein Vertrag, denn er besteht aus zwei ungleichen Stücken[18]: „einer privaten Willenserklärung des Einzelnen, die im großen und ganzen der sinngemäßen Anwendung des bürgerlichen Rechts unterliegt, und der nach öffentlichem Rechte lebenden, also mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit in sich tragenden Willenserklärung des Staates". Der Staat bleibt auch hier dem Individuum übergeordnet, sodaß die für den „Vertrag" notwendige Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen fehlt[19]. Die Handlung des Staates bleibt ein Verwaltungsakt, der nur an eine Zustimmung des Beteiligten gebunden ist. Das Kernproblem liegt nun darin, daß dieser Verwaltungsakt den im Zivilprozeß benutzten öffentlichen Urkunden entspricht. Das will sagen, daß der Verwaltungsakt, wie auch die Jellinekſche Definition[20] erkennen läßt, die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hat.

---

13) W. Jellinek: Festgabe a. a. O. S. 105. auch Anm. 50 auf derselben Seite.
14) W. Jellinek: Verwaltungsr. S. 242.
15) W. Jellinek: Verwaltungsr. S. 242.
16) W. Jellinek: Festgabe a. a. O. S. 106., 115.; Verwaltungsr. S. 242., 243.
17) Vgl. hierzu Reichsabgabenordnung vom 13. Dez. 1919 § 76 Abs. 1. Ziff. 2.
18) W. Jellinek: Verwaltungsr. S. 243.
19) W. Jellinek: Verwaltungsr. S. 245.
20) Verwaltungsr. S. 239.

Wendet man dies auf die Begründung des Beamtenverhältnisses an, so kommt man zu folgendem Ergebnis. Erläßt der Staat eine Anstellungsverfügung, ohne daß eine rechtswirksame Zustimmung des Ernannten vorliegt, so bleibt der Verwaltungsakt bestehen, denn er hat die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich. Diese bloße Vermutung gestaltet den Akt aber viel freier, als dies bei dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung der Fall ist. Der Letztere ähnelt dem gerichtlichen Urteil und ist, wie oben ausgeführt worden ist, nur in seltenen Fällen nichtig, während er beim Fehlen der Zustimmung nur zurücknehmbar ist; bis dahin bleibt der Akt aber in Kraft. Bei dem zweiseitigen Verwaltungsakt liegt nur eine Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit vor, die aber bei Fehlen der Zustimmung durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann.

Diese erst in den letzten Jahren enstandene Theorie hat schon verschiedene Anhänger[21]) gefunden, die besonders versucht haben nachzuweisen, daß die Praxis in den Entscheidungen den gleichen Weg geht wie diese Theorie. Hierzu wird in einem späteren Abschnitt der Arbeit Stellung genommen werden.

III. Kapitel.

Welche dieser drei Theorien entspricht dem Charakter der Beamtenanstellung?

§ 8. Die Ablehnung der Theorie vom öffentlichrechtlichen Vertrag.

Nachdem bis jetzt nur die Gedankengänge der Haupttheorien dargestellt worden sind und zwar so, wie sie einheitlich ungefähr in den einzelnen Gruppen vertreten werden, muß nun kritisch auf die einzelnen Darlegungen eingegangen werden. Da die beiden letzten Gruppen vom Verwaltungsakt ausgehen, und nur die erste einen öffentlichrechtlichen Vertrag annimmt, so drängt sich die Frage zur Klärung auf: Liegt in der Begründung des Beamtenverhältnisses ein Vertragsschluß zweier Parteien, oder aber wird es durch einen Verwaltungsakt begründet?

Zunächst muß man vom Vertragsbegriff ausgehen. Die Grundlage muß im Zivilrecht gesucht werden, denn hier liegt

---

[21]) Schwertfeger a. a. O. S. 27. ff., 35. ff.; Peyer a. a. O. S. 206. ff.; Peters in Graf Hue de Grais-Peters Handbuch d. Verf. u. Verw. a. a. O. S. 8. ebenfalls S. 8. Anm. 31.

der Ausgangspunkt des Vertragsbegriffes. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Legaldefinition. Nach Staudinger[1]) sind Verträge „diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Tatbestand die zusammenstimmenden, gegenseitig zum Bewußtsein gebrachten, auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung unter den Handelnden selbst gerichteten Willenserklärungen mehrerer Rechtssubjekte erfordert“. Ist dieser so festgelegte Rechtsbegriff des privaten Rechts auch entsprechend im öffentlichen Recht anzuwenden?

Diese Frage wird zu bejahen sein, denn der Vertrag ist eine allgemeine Rechtsform[2]), und die allgemeinen Elemente dieses Vertrages kommen auch im öffentlichen Recht zur Anwendung. Hier kann Otto Mayer[3]), der die Möglichkeit eines Vertragsschlusses auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bestreitet, nicht beigepflichtet werden. Die Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge wird heute auch ziemlich allgemein anerkannt[4]). Ein öffentlichrechtlicher Vertrag liegt dann vor, wenn er auf den Eintritt öffentlichrechtlicher Wirkungen gerichtet ist[5]). Es sind dies vor allem Verträge wie die Konkordate im Kirchenrecht, die Verträge, wie sie zwischen den Kommunalverbänden und anderen Selbstverwaltungsorganisationen geschlossen werden, um die Erfüllung bestimmter, ihnen gemeinsam obliegenden Verwaltungsaufgaben zu ermöglichen[6]); zu den letzteren gehören Verträge über die Errichtung gemeinsamer Schulen, über den Bau und Unterhalt von Wegen und Brücken[7]).

Nachdem nun der Nachweis geführt worden ist, daß auch die Form des Vertrages im öffentlichen Recht durchaus gebräuchlich ist, muß jetzt geprüft werden, was erfordert der öffentlichrechtliche Vertrag; denn nur so wird es möglich sein festzustellen, ob das Beamtenverhältnis durch einen Vertrag begründet werden kann oder nicht.

Unstreitig ist, daß derjenige, der in den Staatsdienst eintreten will, seine Zustimmung oder seine Annahmeerklärung abgeben muß. Diese Erklärung kann kaum als Indiz für eine vertragliche Reglung gewertet werden. Seydel[8]) ist zwar der Ansicht, daß ein Rechtsgeschäft, welches zwischen zwei Rechts-

---

[1]) a. a. O. S. 604.
[2]) G. Jellinek: System S. 223.
[3]) Verwaltungsr. Bd. I. S. 104.; Bd. II. S. 262. ff.
[4]) W. Jellinek: Verwaltungsr. S. 245 f.; Fleiner a. a. O. S. 209. f.; Gießner a. a. O. S. 7. Anm. 4.; Kormann a. a. O. S. 29. f; a. M. Kelsen a. a. O. S. 425. ff., bes. S. 247. f. Er leugnet einen öffentlichrechtlichen Vertrag überhaupt. Die Bestrebungen, diesen Vertrag zu konstruieren, erklärt er daraus, daß man einen politischen Machtfaktor zum Ausdruck bringen will. Da dies juristisch nicht zu erklären sei, führe es auch zu unhaltbaren Konstruktionen, die allerdings „praktisch-politischen Bedürfnissen“ entsprechen und daher auch herrschend seien.
[5]) Kormann a. a. O. S. 33.
[6]) Vgl. Schoen a. a. O. S. 259. Verwaltungsr.
[7]) Schwertzeger a. a. O. S. 33; Fleiner a. a. O. S. 209. f.; Apelt a. a. O. S. 142 f.; Gießner a. a. O. S. 7. Anm. 4.
[8]) Bayr. Staatsrecht Bd. III. S. 323.

persönlichkeiten zu dem Zwecke und mit der Wirkung geschlossen wird, daß einseitig oder beiderseitig Rechte und Pflichten entstehen, so lange es eine Rechtswissenschaft gibt, immer Vertrag genannt worden ist. Hiergegen werden doch Bedenken geltend gemacht, und schon N. Th. Gönner[9]) weist mit folgenden Worten darauf hin: „Es ist ein folgenschwerer Irrtum der Rechtslehrer . . . . , wenn sie glauben, das Einverständnis zweier Subjekte über Rechte und Pflichten mache das ganze Wesen des Vertrages aus“. Dem ist durchaus zuzustimmen. Denn liegt ein öffentlichrechtliches Verhältnis vor, dann muß auch die Folgerung aus dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz gezogen werden. Hiernach wird durch die einseitig-bindende Kraft des Staatswillens ein Verhältnis begründet. Wird trotzdem in einzelnen Fällen dem Willen des Einzelnen ein Einfluß durch seine zu erteilende Zustimmung gewährt, so geschieht dies nur, um den Interessen des Einzelnen einen Schutz zu gewähren[10]). Eine solche Zustimmung ist demnach noch kein Beweis für das Vorliegen eines Vertrages. Würde man diese Konsequenz ziehen, dann wäre jede Polizeierlaubnis ein Vertrag[11]).

Ein anderer wesentlicher Einwand basiert darauf, daß ein Vertrag nicht möglich sei, wo freien Vereinbarungen der Vertragsparteien eine Schranke gesetzt sei. Auch dies führt Gönner[12]) dahin aus: „Wo das Objekt nicht von der freien Willensbestimmung der Person abhängt, wo nicht ein reiner Ausfluß der Willkür dem Rechte unter diesen bestimmten Individuen sein Dasein gibt, wo nicht die Personen in Ansehung des Gegenstandes ihrer Willensvereinigung im Zustand einer rechtlichen Gleichheit sich befinden, da ist ein Vertrag nicht vorhanden, wenn wir auch eine Uebereinstimmung der Willen antreffen“. Es muß zugegeben werden, daß durch die Begründung des Staatsdienstverhältnisses der Beamte in ein festnormiertes Verhältnis eintritt, in dem durch gesetzliche Bestimmungen genau festgelegt ist, welche Obliegenheiten und Pflichten des Amtes einerseits und Rechte des Beamten auf Gehalt und Pension, auf Rang und Titel andererseits mit einer derartigen Stellung verbunden sind[13]). Von diesen objektiven Regeln wird auch durch Vereinbarung in den weitaus meisten Fällen — abgesehen von Ausnahmeerscheinungen freier Gestaltung — nicht abgewichen. Sie gelten ohne weiteres für jeden ernannten Beamten. Ist es nun aber von Bedeutung für die rechtliche Natur eines Aktes, wenn der Inhalt des Rechtsverhältnisses genau bestimmt und festgelegt ist, und dies

[9]) a. a. O. S. 84.
[10]) Vgl. O. Mayer: zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag S. 42.
[11]) O. Mayer a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. III. S. 45.
[12]) a. a. O S. 84.
[13]) Vgl. Laband a. a. O. 5. Aufl. S. 448.

bei der Begründung berücksichtigt wird, ohne daß der freien Willenseinigung über den Inhalt des Rechtsverhältnisses Spielraum gegeben wird[14])? Dies wird zu verneinen sein. Gibt es doch in der Praxis viele Rechtsverhältnisse, die genau durch gesetzliche Vorschriften geordnet sind und nicht durch bloße Parteivereinbarungen abgeändert werden können. In allen diesen Fällen werden bei Begründung eines dieser Rechtsverhältnisse die objektiven Normen übernommen, ohne daß man auf den Gedanken kommt, daß ein Vertrag nicht vorliege. Die Ehe ist durch gesetzliche Bestimmungen genau geregelt, sämtliche Rechte und Pflichten der Ehegatten sind genau fixiert. Die Lösung einer Eisenbahnkarte oder das Aufgeben eines Briefes bei der Post, der Abschluß eines Vertrages ist bei diesen beiden Tätigkeiten unzweifelhaft, und doch ist der freien Parteivereinbarung kein Raum offengelassen, denn die Rechte und Pflichten, die durch den Vertrag begründet werden, sind im Handelsgesetzbuch, in der Eisenbahnverkehrsordnung und in der Postordnung weitgehend geregelt und unabänderlich festgestellt Da in den obigen Beispielen, was wohl ziemlich unbestritten ist, gültige Verträge geschlossen werden, folgt daraus, daß es für den Begriff des Vertrages nicht darauf ankommt, ob der Inhalt des begründeten Rechtsverhältnisses „stereotyp und unabänderlich“[15]) feststeht, sondern wesentlich ist, daß der „freie übereinstimmende Wille der Kontrahenten“ den Abschluß des Vertrages herbeiführt. „Der Vertrag hat eben dann das Eintreten in dieses gesetzlich normierte Verhältnis zum Gegenstande“[16]). Daß bei der Anstellung des Beamten alles aus den allgemeinen Staatsgesetzen entnommen werden muß, spricht mithin nicht gegen die Vertragstheorie.

Aeußerst zweifelhaft ist es, wie man bei den zahlreichen Ehrenbeamten zur Begründung des Vertragsverhältnisses kommen will. Denn es muß ein Unterschied gemacht werden, zwischen denjenigen Beamten, die ihr Amt freiwillig antreten, und denen, für die eine Pflicht zur Annahme besteht[17]). Besteht aber eine Pflicht zur Annahme, so können Staatsangehörige auch gegen ihren Willen angestellt werden. „Die Anstellung eines Widersprechenden kann aber nur durch einseitigen Staatsakt erfolgen“[18]). Laband[19]) berücksichtigt diese Fälle auch und kommt dazu, daß dort, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Annahme des Amtes besteht, „eine Zwischenbildung zwischen dem Dienstverhältnis des Beamten und der Amts-

---

[14]) Laband a. a. O. 5. Aufl. S. 448.
[15]) Laband a. a. O. 5. Aufl· S. 448.
[16]) Seydel: Grundzüge S. 60.
[17]) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 576.; Bornhak a. a. O. Bd. II. S. 20.
[18]) Schoen a. a. O. S. 260.; Gießner a. a O. S. 5/6.
[19]) a. a. O. Arch. f. ö. R. S. 80. f.; Staatsrecht S. 434. Anm. 2.

pflicht des Untertanen" vorliegt. Das gemeinsame Merkmal des Ehrenbeamten und des Berufsbeamten ist die Dienstpflicht und nur der Rechtsgrund dieser Dienstpflicht ist verschieden, denn in einem Falle ist diese Rechtspflicht freiwillig übernommen und im anderen Falle ist sie durch Gesetz auferlegt[20]). Ein Grund für eine solche Trennung wird nicht angegeben, und es muß äußerst bedenklich erscheinen, wenn die Rechtsverhältnisse zweier Beamtenkategorien, die doch im allgemeinen die gleichen Rechte und Pflichten haben, auf verschiedene Art begründet werden[21]). U. E. ergibt sich diese Schwierigkeit nur aus der Vertragstheorie, die das Wesen der Beamtenanstellung nicht genügend zu erklären vermag.

Die bis jetzt gegen die Möglichkeit des Vertrages bei der Begründung des Beamtenverhältnisses angeführten Beweismittel sind für sich allein wohl noch nicht geeignet, ein sicheres Argument gegen die Vertragstheorie zu bilden. Vereint mit dem Problem der Gleichordnung und Gleichwertigkeit beim Vertragsschluß werden sie aber einen gültigen Beweis gegen die Annahme eines Vertrages erbringen. Zu diesem Punkte führt Laband[22]) aus: eine Verpflichtung zur Uebernahme von Staatsdiensten besteht nicht, infolgedessen ist zur Uebernahme eine Willenserklärung des Uebernehmenden notwendig, und es genügt nicht die einseitige Willenserklärung des Staates, „sondern es ist eine übereinstimmende Willenserklärung beider Beteiligten, ein auf die Uebernahme und Gewährung gegenseitiger Verpflichtungen gerichteter Konsenz, also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich, und dies ist eben ein Vertrag". Ist oben schon ausgeführt worden, daß die Zustimmung einer Partei nicht als Indiz für einen Vertrag gewertet werden kann, so muß jetzt näher auf die Fragen eingegangen werden: Wie wird ein Vertrag geschaffen? Wie stehen sich die Kontrahenten beim Abschluß gegenüber?

Der Vertrag hat zur Voraussetzung, daß sich zwei oder mehrere Subjekte gegenüberstehen. Die Willenseinigung der Beteiligten, der „gemeinsame Wille", muß die Trägerin des Erfolges sein kraft eines Rechtssatzes, der diese Wirkung mit ihr verknüpft[23]). Der „gemeinsame Wille" muß so verstanden werden, daß beide Willenserklärungen zusammenwirken und gemeinsam die gewünschte Rechtswirkung erzeugen. Eine solche Wirkung kann aber nur erzielt werden, wenn den Willenserklärungen beider Parteien bei der Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges der „gleiche juristische Wert" beigelegt wird[24]), beide Parteien also gleichgeordnet gegenüberstehen.

---

20) Laband a. a. O. Arch. f. ö. R S. 80.
21) Schwertfeger a. a. O. S. 32.
22) a. a. O Bd. I. 5. Aufl. S. 449.
23) O. Mayer a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. III. S. 40.
24) Fleiner a. a. O. S. 193.

Hierbei ergibt sich aber ein gewisser innerer Widerspruch mit dem heutigen Staatsbegriff[25]. Der Staat steht als Träger hoheitlicher Rechte dem Untertanen nicht gleichgeordnet gegenüber, sondern ist ihm durch seinen hoheitlichen Willen übergeordnet[26]. Dieses Verhältnis der Unter- und Ueberordnung ist beim Vertragsschluß vorhanden und kann nicht hinweggeleugnet werden. Der Erklärung des Staates muß also die größere Kraft zugesprochen werden[27]. Insoweit ist es mithin nicht möglich, daß die beiden Willenserklärungen auf dem Boden wirklicher Gleichberechtigung stehen, da der Wille des einen Beteiligten den Inhalt der gegenseitigen Beziehungen beherrscht[28]. Dieser Ausdruck des Willens hat auch eine gewisse praesumtio iuris für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit, „denn die Mitwirkung des Staates ist .... vermöge der größeren Widerstandsfähigkeit seiner Betätigung gegen Fehlerfolgen in der Tat bedeutender als die des Bürgers“[29], bei dessen Willenserklärung die Schwächen der privaten Erklärungen zu berücksichtigen sind. Es liegt demnach ein Verwaltungsakt vor, der bedingt ist durch die Zustimmung des Betroffenen. Diese Form herrscht auch vor und nur in Ausnahmefällen darf die Behörde die Form des Vertrages anwenden, wenn durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet worden ist[30]. In der Regel handelt es sich hierbei nicht um Begründung neuer sondern um Abänderung bereits bestehender gesetzlicher Rechte und Pflichten[31]. Für die Beamtenanstellung fehlt nun eine gesetzliche Ermächtigung und auch die erforderte juristische Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen liegt nicht vor[32]. Beide Argumente sprechen mithin gegen die Annahme eines Vertrages bei der Begründung des Beamtenverhältnisses.

Auch die äußere Form der Beamtenanstellung spricht gegen die Annahme eines Vertrages, denn der Beamte wird durch das Staatsoberhaupt „ernannt“[33]. Nach Laband[34] wird der Vertrag abgeschlossen „durch die Aushändigung der Anstellungsurkunde, d, h. durch die vorbehaltslose Annahme derselben seitens des Beamten“. Alle Korrespondenzen, die diesem Akt vorangehen, sind nur Vorverhandlungen. Demnach ist die Be-

25) Bornhak a. a. O. Bd. II, S. 19.
26) Ebenso Grosch a. a. O. S. 273., der aber trotzdem einen öffentlichrechtlichen Subjektionsvertrag annimmt.
27) G. Meyer a. a. O. Annalen 1876. S. 671.; Brand a. a. O. S. 63.
28) Apelt a. a. O. S. 106.
29) W. Jellinek a. a. O. Festgabe S. 107.
30) Fleiner a. a. O. S. 211. f.
31) Fleiner a. a. O. S. 212.
32) Schwertfeger a. a. O. S. 34.
33) Fleiner a. a. O. S. 193.
34) a. a. O. Bd. I. 5. Aufl. S. 452.

händigung der Anstellungsurkunde die Vertragsofferte und die Entgegennahme die Annahme dieser Offerte. Das Zweite ist aber eine Fiktion, weil „die Aushändigung der Anstellungsurkunde als schriftliche Eröffnung“ gültig und wirksam und mit der Folge der „Perfektion des Vertrags“ auch geschehen kann, ohne daß sie dem Ernannten zum Bewußtsein kommt“[35]). Die Annahme der Offerte verlangt aber einen rechtsgeschäftlichen Willen. Es ist durchaus weltfremd, wenn angenommen wird, daß der Anzustellende, wenn er die Anstellungsverfügung erhält, das Bewußtsein hat, jetzt eine Offerte des Staates anzunehmen. Dieses Bewußtsein wäre aber immer notwendig, um den Vertrag zur Entstehung zu bringen.

Die der Vertragstheorie anhaftenden Mängel lassen erkennen, daß diese Theorie nicht geeignet ist, die Entstehung des Beamtenverhältnisses hinreichend zu erklären. Im folgenden wird nun zu prüfen sein, ob die Begründung durch einen Verwaltungsakt weniger Schwierigkeiten bietet, und ob weiterhin dieser Verwaltungsakt ein „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ oder ein „zweiseitiger Verwaltungsakt“ ist.

§ 9. Die Ablehnung des zweiseitigen Verwaltungsakts.

Beide Theorien haben viele gemeinsame Punkte. Beide verneinen auch die Gleichwertigkeit der staatlichen Willenserklärung und der privaten Erklärung des Anzustellenden. Beide verlangen eine Zustimmungserklärung desjenigen, der Beamter werden soll. Der wesentlichste Unterschied zwischen beiden liegt nun darin, daß dieser Zustimmungserklärung eine mehr oder weniger große Bedeutung beigelegt wird.

Nach Otto Mayer[1]) ist die Einwilligung dessen, über den der Akt ergeht, eine Bedingung der Gültigkeit der Anstellung. Fehlt diese Bedingung, dann ist die Ernennung rechtsungültig. Kraft der „Selbstbezeugung seiner Rechtmäßigkeit“[2]) bleibt der obrigkeitliche Akt aber bestehen und wird erst ungültig, wenn eine zuständige Behörde dies ausspricht.

Jellinek[3]) bezeichnet den Verwaltungsakt der Anstellung als einen mitwirkungsbedingten. Ergeht der Verwaltungsakt ohne die im Gesetz vorgesehene Mitwirkung des Einzelnen, so ist er ohne weiteres unwirksam und unbeachtlich

Zur Einleitung der näheren Untersuchung erscheint es an-

[35]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. II. S. 268. Anm. 17.
[1]) Verwaltungsr. Bd. II. S. 265.
[2]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. II. S. 266.
[3]) Verwaltungsr. S. 244. f.

gebracht, erst die öffentlichrechtlichen Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit näher zu untersuchen, bevor darauf eingegangen werden kann, wie der ohne Zustimmung ergangene Verwaltungsakt zu beurteilen ist. Die privatrechtlichen Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gelten auch im öffentlichen Recht. Während aber das Privatrecht beherrscht wird von dem Grundsatz, daß das mangelhafte, vom Gesetzgeber mißbilligte Rechtsgeschäft nichtig ist, gilt im öffentlichen Recht der Grundsatz, daß die Mangelhaftigkeit des Geschäftes Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit bedeutet[4]). Hierin zeigt sich die stärkere Stellung der staatshoheitlichen Willenserklärung, die an sich eine gewisse Beständigkeit hat, und die den Verwaltungsakt bei Fehlerhaftigkeit im Zweifel nicht unwirsam sein läßt[5]). „Bei der überragenden Bedeutung, die dem obrigkeitlichen Ausspruche im Rechtsleben zukommt, der einen Tatbestand mit autoritativer Geltung ordnet, muß es als eine der vornehmsten Forderungen im Rechtsstaate anerkannt werden, daß diese Ordnung auch Bestand habe, und daß der einzelne, der ihr unterliegt, mit ihrer Geltung rechnen könne“[6]). Im Interesse der Rechtssicherheit tritt demnach nur bei einer besonders starken Art rechtlicher Fehlerhaftigkeit Nichtigkeit des Verwaltungsakts ein[7]).

Wann liegt nun aber eine solche besonders starke Art rechtlicher Fehlerhaftigkeit vor? Ist dies der Fall beim Fehlen der Zustimmung oder Einwilligung des Beteiligten? U. E. ist diese Fehlerhaftigkeit nicht so stark, daß sie die Nichtigkeit nach sich ziehen könnte. Als Verwaltungsakt schafft er Recht, wenn auch nur für einen Tatbestand, und steht infolgedessen neben dem Gesetz, während das private Rechtsgeschäft dem Gesetz seine Kraft entlehnt[8]). Der Verwaltungsakt als solcher ist eine staatshoheitliche Willenserklärung und hat eine gewisse Beständigkeit. Diese Beständigkeit ist begründet einerseits in der Stellung des Staates als der übergeordneten und rechtschaffenden Autorität und andererseits in dem Schutz des Vertrauens, den eine solche Erklärung dritten Personen, den Untertanen gegenüber genießen muß. Weiterhin ist auch eine gewisse Unangreifbarkeit des Verwaltungsakts notwendig, da die Verwaltung sonst oft durch unbegründete Einwendungen in ihrer Tätigkeit gehemmt werden würde[9]). Hieraus folgt, daß für den Untertanen die Erklärung so lange rechtliche Geltung haben muß, wie er nicht in der Lage ist, die Fehlerhaftigkeit selbst zu erkennen. Dieses Erkennen ist aber nur bei einem solchen

[4]) Kormann a. a. O. S. 217.
[5]) W. Jellinek: Verwaltungsr. S. 260.
[6]) Apelt a. a. O. S. 99.
[7]) O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S. 97.; Fleiner a. a. O. S. 203.
[8]) Gießner a. a. O. S. 48.
[9]) Andersen a. a. O. S. 66.

Verwaltungsakt möglich, der den Mißbrauch der Organisationsgewalt auf der Stirn trägt[10]), z. B. wenn eine durchaus sachlich und örtlich unzuständige Behörde einen Akt erläßt. Der Mangel der Zustimmung allein ist aber nicht ein solcher Fehler, er kann nicht ohne weiteres von dem einzelnen Staatsbürger erkannt werden. Die Zustimmung des Beamten ist nur eine „Gültigkeitsbedingung“. Aus dem Verwaltungsakt selbst geht das Fehlen nicht hervor. Im Gegenteil er enthält die Entscheidung darüber, daß alle Voraussetzungen gegeben sind, daß also auch die Unterwerfung des Ernannten vorliegt[11]). Fehlt trotzdem nun die Zustimmung, so hat der Verwaltungsakt, kraft seiner Selbstbezeugung eine Beständigkeit, die auch im Interesse der Rechtssicherheit gefordert werden muß[12]). Der Verwaltungsakt ist aber ungesetzlich ergangen, und daraus muß die Möglichkeit der Anfechtung hergeleitet werden[13]), denn es muß dem Staatsbürger die Möglichkeit gegeben sein, sich gegen Verwaltungsakte zu schützen, deren Gültigkeitsbedingungen nicht vorhanden sind. Durch die Anfechtbarkeit wird nicht nur ein Recht auf Aufhebung auf Seiten des Beamten sondern auch eine Pflicht des Staates dahingehend begründet, daß der Verwaltungsakt zurückgenommen werden muß. Dies ist demnach ein wichtiges Indiz dafür, daß das Beamtenverhältnis durch einen einseitigen Verwaltungsakt (Verwaltungsakt auf Unterwerfung) begründet wird.

Fast bei sämtlichen Vertretern, die sachlich das Beamtenverhältnis durch einen „einseitigen Verwaltungsakt“ zur Entstehung kommen lassen, kann festgestellt werden, daß sie ebenfalls die Anfechtbarkeit eines ohne Zustimmung ergangenen Verwaltungsakts annehmen. Fleiner nimmt u. E. zu Unrecht jetzt in der neuesten Auflage[14]) im Gegensatz zu den früheren[15]) Nichtigkeit eines solchen Aktes an, obwohl er einen einseitigen Verwaltungsakt für die Begründung maßgebend sein läßt. Er rechnet die Zustimmung zu den wesentlichen juristischen Elementen und kommt beim Fehlen eines solchen zur Nichtigkeit. Eine formelle Kraftloserklärung ist nicht mehr notwendig, trotzdem kommt es der Aufsichtsinstanz zu, die nichtige Verfügung von Amts wegen zurückzunehmen, d. h. festzustellen, daß die Verfügung nie zu Recht bestanden hat[16]). Warum ein Nichts zurückgenommen werden soll, ist aber nicht recht verständlich. Es scheinen doch auch bei Fleiner Bedenken gegen das Fehlen des Vertrauensschutzes vorzuliegen, die er durch die amtliche

---

[10]) Vgl. Hatschek: Verwaltungsr. d. Abschnitt „Der fehlerhafte Staatsakt“
[11]) O. Mayer a. a. O. Arch. f. ö. R. Bd. III. S. 61.
[12]) Anschütz a. a. O. Jur. Wochenschrift 1927. S. 428.
[13]) Kormann a. a. O. S. 275.
[14]) a. a. O. S. 203. ff.
[15]) Vgl. die Ausführungen bei Schwertfeger a. a. O. S. 35. f.
[16]) Fleiner a. a. O. S. 205. Anm. 76.

Feststellung der Nichtigkeit beseitigen will.

Es steht fest, daß der Name „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" nicht glücklich gewählt ist, aber u. E. ist der Ausdruck „zweiseitiger Verwaltungsakt" ebenfalls irreführend. Der Verwaltungsakt als solcher wird auch hierbei einseitig erlassen und hat selbst die „Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit". Wenn W. Jellinek auch eine private Willenserklärung voraussetzt, so wird doch dadurch eine Zweiseitigkeit des Verwaltungsakts nicht begründet[17]), denn bei ihm bleibt es immer beim einseitigen Erlaß durch die Verwaltungsbehörde.

Auch Jellinek[18]) geht davon aus, daß im Zweifel ein Verwaltungsakt, er mag noch so fehlerhaft sein, nicht unwirksam ist, sondern nur anfechtbar. Unwirksamkeit ist nun „die von sich aus bestehende Unbeachtlichkeit eines Verwaltungsakts"[19]), d. h. ein solcher Akt ist nichtig. Daß hier nicht „ein Mangel an sprachlicher Präzision" vorliegt, wie Schwertfeger[20]) es annimmt, sondern daß Jellinek wirklich die Begriffe unwirksam und nichtig als gleichbedeutend gebraucht, dürfte aus folgendem hervorgehen. An einer Stelle[21]) führt Jellinek aus: „Die Anordnungen des Hauptmanns von Cöpenick waren noch weniger, da sie nicht einmal den Keim der Wirksamkeit in sich trugen, sie waren nichtig", und an einer anderen Stelle[22]): „Er (der zweiseitige Verwaltungsakt Anm. d. Verf.) ist sicher unwirksam, wenn er von einem Privatmann ausgeht, wie die Anordnungen des Hauptmanns von Cöpenick".

Der Verwaltungsakt als solcher hat nach Jellinek[23]) die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich. Auch hier kommt mithin die Rechtsbeständigkeit, die oben näher dargelegt worden ist, zum Ausdruck. Ein solcher Akt soll ebenfalls nicht wegen jeder Gesetzwidrigkeit unwirksam sein[24]). Insoweit sind die Grundlagen, von denen oben ausgegangen wurde, die gleichen. Trotzdem — und hierin liegt u. E. der Widerspruch dieser neuen Lehre — kommt Jellinek[25]) dazu, diesen Akt als unwirksam zu bezeichnen, wenn die Einwilligung oder Zustimmung des Bürgers fehlt. Auf der einen Seite steht also der Akt, der eine gewisse Beständigkeit durch die doppelte Vermutung hat, während auf der anderen Seite eine von „sich aus bestehende Unbeachtlichkeit" gilt. Dieser Widerspruch weist auf die Richtigkeit unserer Darlegungen hin und zeigt, daß der Verwaltungsakt allein das Wirkende und Begründende

---

17) Ebenso Anschütz a. a. O. Jur. Wochenschrift 1927. S. 428.
18) Vgl. zum folgenden Verwaltungsr. S. 254. ff.
19) Jellinek: Verwaltungsr. S. 254.
20) a. a. O. S. 40.
21) Verwaltungsr. S. 254.
22) Verwaltungsr. S. 263.
23) a. a. O. Festgabe S. 107.
24) Festgabe a. a. O. S. 107.
25) Festgabe a. a. O. S. 107.

bei der Anstellung ist, und daß bei Fehlen der Zustimmung nur eine Voraussetzung der Zulässigkeit und Gültigkeit fehlt. Dieses Fehlen aber begründet nur eine Anfechtbarkeit[26]).

Alle diese aufgeführten Fehler vermeidet die Theorie Otto Mayers. Es erscheint zwar etwas hart, wenn, wie einzelne Gegner ausführen, jedem Staatsbürger eine Anstellungsverfügung zugestellt werden kann, die ihn zum Beamten macht; aber nur auf diesem Wege, daß der so Ernannte vorerst Beamter wird und sich um die Aufhebung der Verfügung bemühen muß, kann die notwendige Rechtssicherheit geschafft werden, die für die Erfüllung der Staatsaufgaben so dringend notwendig ist. In der Praxis wird dieser Fall ja auch kaum vorkommen. Der Staat hat natürlich kein Interesse daran, eine Person anzustellen, die gezwungen und nur mit Widerwillen ihren Dienst versieht. Beide Theorien gehen von den gleichen Voraussetzungen aus und haben viele Punkte gemeinsam. In den Abweichungen, die W. Jellinek prägt, sind aber zumeist die Erklärungen, die vom Standpunkt der Lehre des Verwaltungsakts auf Unterwerfung gegeben werden, deutlicher und widerspruchsloser. Alles dies spricht in der Theorie dafür, daß das Beamtenverhältnis durch einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung begründet wird.

Dritter Teil.

Der Standpunkt der Rechtsprechung und der Rechtsetzung.

§ 10. Die Rechtsprechung der oberen Gerichte.

Im Vorhergehenden ist daraufhingewiesen worden, daß durch die Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung ein wissenschaftlich brauchbares Ergebnis erzielt wird, und daß sie auch eine große Zahl von Vertretern gefunden hat.

Wie steht nun die Praxis dieser wissenschaftlichen Begründung gegenüber? Es gibt wohl kaum ein Gebiet, wo die Rechtsprechung ebenso schwankend und unbeständig gewesen ist wie bei den behandelten Fragen. Ein großer Teil gerade älterer Entscheidungen der obersten Gerichte war außerdem derartig unklar abgefaßt, daß die Entscheidungen fast immer so „gedreht" werden konnten, daß sie für die eine und die andere Begründung paßten. Erst in der neueren Zeit ist ein bestimmter Weg auch in der Rechtsprechung zu verfolgen.

---

[26]) Ebenso Anschütz a. a. O. Jur. Wochenschrift 1927. S. 428.

Von der älteren Zeit sollen hier nur einige Entscheidungen angeführt werden, um das Unklare und Unbeständige zum Ausdruck zu bringen. So führt das Kgl. Obertribunal[1]) aus: „Es erledigt sich hierdurch die Ansicht, daß die Frage nicht nach dem Privatrecht zu beurteilen, weil das Beamtenverhältnis ein staatsrechtliches sei. Der eine Bestandteil desselben ist ein staatsrechtlicher, er betrifft aber die Ausübung der Dienstfunktionen und was damit im Zusammenhang steht. Die vermögensrechtliche Seite gehört dem Privatrecht an". Und der I. Senat des Kgl. Obertribunals sagt in einer Entscheidung vom 21. Okt. 1872[2]): „Da das Beamtenverhältnis, wie gedacht, als ein „quasikontraktliches" aufzufassen sei, und dies eine wenigstens analoge Beurteilung nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen gestattet". In einem anderen Falle[3]) macht sich das Reichsgericht die Ansicht des Oberlandesgerichts zu eigen, in der es, wie folgt, heißt: „Daß das Verhältnis der Gemeindebeamten an sich dem öffentlichen Recht angehöre, jedoch insoweit, als die mit dem Amte verbundene Besoldung in Frage komme, zugleich eine privatrechtliche Seite habe".

Mit einigen Abweichungen und Ausnahmen hat dann später das Reichsgericht mehr oder weniger klar den Standpunkt der von Laband vertretenen Vertragstheorie eingenommen. Es heißt dort[4]) u. a.: „Man kann zugeben, daß das Beamtenverhältnis durch einen Vertrag öffentlichrechtlicher Natur begründet wird, der durch den wechselseitig erklärten übereinstimmenden Willen des Staates, vertreten durch das zuständige Organ, und des Anzustellenden zustande kommt, und zu dessen Abschlusse als regelmäßige Form insbesondere nach Reichsrecht die Aushändigung der Anstellungsurkunde gehört". Viele Entscheidungen[5]) des Reichsgerichts konstruieren das Beamtenverhältnis in ähnlicher Weise.

Erst in der neuesten Rechtsprechung hat sowohl das Reichsgericht als auch das preußische Oberverwaltungsgericht die Vertragstheorie klar abgelehnt und sich dazu bekannt, daß das Beamtenverhältnis durch einen einseitigen Verwaltungsakt zur Entstehung gebracht wird. Das Reichsgericht[6]) drückt es aus: „Das Wesen des Beamtentums besteht darin, daß der Beamte kraft eines einseitigen Hoheitsakts in ein dauerndes nicht kündbares Lebens- und Rechtsverhältnis zum Staate tritt, kraft dessen er seine ganzen Kräfte in dessen Dienst zu stellen hat, so lange er dazu fähig ist, wogegen der Staat die Ver-

[1]) Entscheidungen des Kgl. Obertribunals Bd. 52, 320 ff.; bes. S. 326.
[2]) Striethorst's Archiv Bd. 85, 368 ff.; bes. S. 371.
[3]) Gruchot Bd. 34, 924 ff.; bes. S. 925.; ebenso Reichsgericht in Gruchot Bd. 46, 416 ff.
[4]) Entscheidung des R. G. in Zivilsachen Bd. 53, 427.
[5]) Entsch. des RG. Bd. 18, 113 ff.; 28 80 ff.; 37, 241 ff.; 37, 298 ff.; 37, 312 ff.; 71, 236 ff.; 99, 261 ff.; RG. in Jur. Wochenschr. 1913. S. 106 ff.; RG. in Strafsachen Bd. 66, 19 ff.; Ministerialblatt f. d. ges. innere Verwaltung 1854. S. 42 f.
[6]) RG. in Zivilsachen Bd. 104. S. 58 ff.; bes. S. 61.

pflichtung übernimmt, ihm den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren". Auch das Oberverwaltungsgericht vertritt klar diesen Standpunkt in einer Entscheidung[7]) mit den Worten: „Diese Anstellung ist kein Vertrag sondern ein einseitiger Hoheitsakt, der ein Gewalt- und Schutzverhältnis der Gemeinde und des Staates gegenüber dem Stelleninhaber begründet und in dieser Eigenschaft nicht dadurch berührt wird, daß er die Zustimmung des Anzustellenden zur Voraussetzung hat. Seinem Wesen nach gehört der Hoheitsakt ausschließlich dem öffentlichen Recht an". In diesem Sinne sind inzwischen viele Entscheidungen[8]) der beiden oberen Gerichte ergangen.

Alle diese Entscheidungen lassen klar erkennen, daß die obersten Gerichte das Beamtenverhältnis durch einen einseitigen Verwaltungsakt entstehen lassen. Und dieser einseitige „Staatshoheitsakt" ist nichts anderes als der „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" von Otto Mayer.

Ist es nun berechtigt, wenn Jellinek[9]) feststellt, daß die neueste Rechtsprechung[10]) den Verwaltungsakt auf Unterwerfung „glatt" ablehnt. U. E. liegt eine Ablehnung nicht vor. Nach unserer Darstellung ist der die Anstellung eines Beamten verfügende Verwaltungsakt, der ohne Antrag oder Einwilligung des Anzustellenden ergeht, kraft seiner Rechtsbeständigkeit nicht nichtig sondern nur anfechtbar. Gerade die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, auf die Jellinek sich beruft, hat in der Frage, ob ein Verwaltungsakt nichtig oder anfechtbar ist, nicht einheitlich entschieden. Die Ausdrücke „Nichtigkeit, Unwirksamkeit. Ungültigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf" werden zum Teil für die Beantwortung der gleichen Frage[11]) gebraucht. So sagt das Oberverwaltungsgericht[12]), ein Verwaltungsakt, der von einer sachlich unzuständigen Behörde ausgehe, sei rechtlich anfechtbar. Das Oberverwaltungsgericht nimmt hierbei Bezug auf eine frühere Entscheidung[13]). Die gleiche Entscheidung wird aber auch an einer anderen Stelle[14]) als Beispiel für die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts herangezogen, der von einer unzuständigen Behörde erlassen ist. In allen Entscheidungen kehrt aber der Gedanke wieder, daß nur in besonders krassen Fällen eine absolute Nichtigkeit[15]) des Verwaltungsakts gegeben sei. Auf

---

[7]) Entsch. des OVG. Bd. 70, 116 ff.; bes. S. 117.

[8]) Entsch des RG. in Zivilsachen Bd. 101, 297; 110, 189 ff.; 114, 97 ff.; 117, 153 ff.; Entsch. des RG. in Strafsachen Bd. 56, 112.; RG in Jur. Wochenschr. 1906 S. 551 Nr 20.; 1917 S. 225 ff.; RG. in „Recht" 1925 Nr 1189 S. 360; Entsch. des preuß. OVG. Bd. 67, 458 ff.; ähnlich schon Entsch. des RG. in Zivilsachen Bd. 63. S. 432.

[9]) a. a. O Festgabe S. 85.

[10]) Vgl. hierzu Entsch. des OVG Bd. 78, 251 ff.; 79, 434 ff.

[11]) Vgl. bes Entsch des OVG. Bd. 40, 300 ff.

[12]) Entsch. des OVG. Bd. 22, 383

[13]) Entsch. des OVG Bd. 13, 408 ff.

[14]) Entsch. des OVG. Bd. 55, 234 ff.; bes. S. 237.

[15]) Entsch. des OVG. Bd. 13, 408 ff; bes. S. 419.

diesem Wege soll vermieden werden, daß bei öffentlichrechtlichen Verhältnissen, die für das Wohl des Einzelnen und der Allgemeinheit von Wichtigkeit sind, Unsicherheit erzeugt und Verwirrung in sie hineingetragen wird[16].

In diesem Sinne ist auch die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 5. Oktober 1922[17] zu verstehen. U. E. geht zweierlei aus der Entscheidung hervor: einerseits, daß der Entlassene nicht mehr Amtsträger ist, und andererseits, daß er berechtigt ist, den Titel weiter zu führen und sein Gehalt zu erheben. Das Oberverwaltungsgericht nimmt hier ein Nachprüfungsrecht gegenüber „staatshoheitlichen Verwaltungsakten" an. Für die Rechtsgültigkeit des hoheitrechtlichen Akts der Anstellung oder Entlassung eines Beamten ist der Antrag oder die Einwilligung des Beamten eine notwendige Voraussetzung. Fehlen diese Erklärungen des Beamten, so liegt ein ungültiger Verwaltungsakt vor, dem die Rechtswirksamkeit „abgesprochen" werden kann[18]. Dies kann aber nur so verstanden werden, daß der Akt in unserem Sinne anfechtbar ist, denn einem nichtigen Akte kann nicht die „Rechtswirksamkeit abgesprochen werden". Wenn dann das Gericht feststellt, daß der Beamte das Gehalt erheben und den Titel weiterführen kann, so ist dies nur die Folgerung. Da die Rechtswirksamkeit abgesprochen wird, so muß das Gericht dann auch andererseits dem Beamten Gehalt und Titel zuerkennen. Hierbei entscheidet inzidenter das Gericht über die Gültigkeit der Entlassung, und nur so können auch die übrigen Ausführungen dieser Entscheidung verstanden werden. Eine absolute Nichtigkeit liegt demnach nicht vor[19].

Auch eine andere Entscheidung[20] des Oberverwaltungsgerichts spricht nicht für eine Nichtigkeit des ohne Antrag ergangenen Verwaltungsakts. Denn jede obrigkeitliche Willensäußerung wird erst dadurch wirksam, daß sie dem Betreffenden kundgegeben wird[21]. In dem behandelten Falle war die Entlassung noch nicht kundgegeben worden, als die Rücknahme des Entlassungsgesuchs erfolgte. Die Wirksamkeit der Verfügung konnte demnach nicht eintreten, und es mußte deshalb der trotzdem später zugestellten Verfügung die Rechtswirksamkeit „abgesprochen" werden, was daraus hervorgeht, daß das Oberverwaltungsgericht in die sachliche Prüfung eintrat. Auch hier wird also die Rechtswirksamkeit abgesprochen, dies wäre bei einem absolut nichtigen Akt, wie ihn Jellinek annimmt, aber nicht mehr nötig.

---

16) Entsch. des OVG. Bd 13, 408 ff.; bes. S. 417; Bd. 55, 234 ff.; bes. S. 237.
17) Entsch. des OVG. Bd. 78, 251 ff.
18) Entsch. des OVG. Bd. 78, 253.
19) Ebenso v Hippel a. a. O. S 111
20) Entsch. des OVG. Bd. 79, 434 ff.
21) Ebenso O. Mayer: Verwaltungsr. Bd. I. S. 97.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 30. November 1921[22]) ist ebenfalls nicht eine Ablehnung des Verwaltungsakts auf Unterwerfung. Gerade in dieser Entscheidung werden die Fragen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des ohne Antrag ergangenen Verwaltungsakts offen gelassen[23]), und es wird eine Stellungnahme hierzu vermieden. Die Entscheidung selbst wird durch die Deutung des § 75 Abs. 3 des Badischen Beamtengesetzes gefunden.

Ebenfalls sind die von Jellinek[24]) und von Schwertfeger[25]) angeführten Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts[26]) nicht für den Beweis der Nichtigkeit von Verwaltungsakten zu gebrauchen. In beiden Fällen geht das Gericht noch von einem öffentlichrechtlichen Vertrage aus. Dann ist aber auch die Zustimmung des Betroffenen eine Vertragsannahme, ohne die die Vertragsofferte des anderen Teils allein keinerlei Vertragsbeziehungen schaffen kann, da sich die Willenserklärungen beider Parteien gleichberechtigt gegenüber stehen und auch in ihrer Wirkung voneinander abhängig sind.

§ 11. Die Rechtsetzung.

In der Rechtsprechung findet sich also keine Ablehnung des von uns vertretenen Verwaltungsakts auf Unterwerfung, wohl aber verschiedene Beispiele für seine Gültigkeit. Ebenso sind auch in der Rechtsetzung einzelne Fälle vorhanden, die für die von uns angeführte Theorie sprechen.

In der Begründung des Entwurfs eines Bayerischen Beamtengesetzes, das am 16. August 1908 ergangen ist, heißt es unzweideutig: „Dagegen bedarf es zur Rechtswirksamkeit der Ernennung keiner Annahmeerklärung von seiten des Beamten. Die Beamteneigenschaft wird vielmehr durch einseitigen Verwaltungsakt begründet. Will der Ernannte nachträglich die Ernennung rückgängig gemacht wissen, so muß er um die Entlassung nachsuchen". Das entspricht vollkommen unserer Beweisführung, denn auch hiernach ist der Verwaltungsakt erst rechtsbeständig und kann nur rückgängig gemacht werden. Das ist aber die von uns vertretene Anfechtbarket eines solchen Akts.

Auch der § 32 des Gesetzes betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 spricht davon, daß die Entlassung durch diejenige Behörde, welche die Anstellung

22) Badische Rechtspraxis 1922 S. 25. ff.
23) Badische Rechtspraxis 1922 S. 26.
24) a. a. O. Festgabe S. 86.
25) a. a. O. S. 38.
26) Entsch. des Reichsmilitärgerichts Bd. 19, 289 ff.; 20, 80 ff.

„verfügt“ hat, erfolgen soll. Unter „Verfügen“ kann aber nur der einseitige Verwaltungsakt verstanden werden, denn nur dieser entspricht der Verfügung. Diese Ausdrucksweise kann auch als Indiz dafür gewertet werden, daß der Gesetzgeber mit der Anstellung durch einen einseitigen Verwaltungsakt gerechnet hat.

Jellinek[1]) führt als Beweis für die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts noch an, daß die Ehelichkeitserklärung eines Unehelichen, die nicht wegen jeder Fehlerhaftigkeit nichtig ist, unter allen Umständen unwirksam ist, wenn ein rechtswirsam gestellter Antrag des Vaters fehlt. Durch argumentum e contrario wird dies aus § 1735 BGB. gefolgert. Diese Nichtigkeit kann aber nicht auf die Beamtenanstellung bezogen werden. Denn bei der Anstellungsverfügung werden primäre Rechtsbeziehungen zwischen dem Individuum und der Staatsgewalt geschaffen, während durch die Ehelichkeitserklärung nur familienrechtliche Beziehungen zur Entstehung gelangen[2]). Im letzteren Falle handelt es sich um eine Regelung von Verhältnissen zwischen Gleichgeordneten. Zum Eintritt in diese Verhältnisse kann niemand gegen seinen Willen gezwungen werden. Bei der Beamtenanstellung kommen aber Rechtsbeziehungen zwischen der Staatsgewalt und dem Einzelnen zur Geltung, und hier wirkt dann wieder die durch die Ueberordnung im öffentlichen Recht geschaffene Machtstellung, die dem Verwaltungsakt eine gewisse Beständigkeit verleiht.

Vierter Teil.

§ 12. Schlußbetrachtung.

Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, daß für die Beamtenanstellung der „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ in der Theorie eine herrschende Stellung einnimmt, und daß durch ihn fast eine restlose Klärung der im Beamtenrecht interessierenden Fragen möglich ist. Aber nicht nur in der Theorie sondern auch in der Rechtsetzung lassen sich Indizien dafür finden, daß dem Gesetzgeber die Entstehung des Beamtenverhältnisses durch einen einseitigen Verwaltungsakt vorgeschwebt hat. In der Rechtsprechung selbst finden sich klare Beispiele für unsere Theorie. Die einzelnen Abweichungen, die vorhanden sind, sind zwar beachtlich, aber doch nicht so klar und über-

[1]) Verwaltungsr. a. a. O. S. 244.
[2]) Ebenso Gießner a. a. S. 49.

zeugend, daß sie als Grundlage für eine Ablehnung der bis dahin ständigen Rechtsprechung gelten könnten[1]).

Zweifelhaft erscheint es allerdings, ob der Name „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ für unseren Begriff die passende Bezeichnung ist. Diese Bezeichnung hat schon viel Mißfallen erregt, und überaus zahlreich sind die Neubildungen, die einzelne Schriftsteller aus Abneigung gegen den Begriff Otto Mayers für die Beamtenanstellung geprägt haben. Es ist sicher, daß viele dieser Schöpfungen die Einseitigkeit des staatlichen Hoheitsakts und die Zustimmung des Anzustellenden klarer zum Ausdruck bringen. Trotzdem ist unseres Erachtens der Name Otto Mayers so mit der Beamtenanstellung verwachsen, daß der Begriff als solcher auch mit diesem unklaren und fast unpassenden Ausdruck für jeden Juristen gekennzeichnet ist. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich auch, diesen Ausdruck beizubehalten, und den Verwaltungsakt bei der Begründung des Beamtenverhältnisses als einen „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ zu bezeichnen.

---

[1]) Ebenso Klüber a. a. O. S. 173.; Anschütz a. a. O. Jur. Wochenschr. 1927 S. 428.

Lebenslauf.

Am 19. August 1904 wurde ich in Cottbus als Sohn des Eisenbahn-Werkmeisters Wilhelm Richter und seiner Ehefrau Anna geb. Kloß geboren. Ich besuchte die städtische Oberealschule in Cottbus und verließ diese Ostern 1923 nach bestandener Reifeprüfung. Nach dem Abiturientenexamen erlernte ich das Bankfach bei der Darmstädter u. Nationalbank, Filiale Cottbus.

Seit dem Sommersemester 1925 widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Ich besuchte die Universitäten Berlin und Breslau. Am 19. und 20. Dezember 1928 bestand ich das Referendarexamen vor dem Oberlandgericht in Breslau. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 7. Februar 1929 ab. Seit dem 4. April 1929 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig.

Cottbus, im August 1930

Bruno Richter.